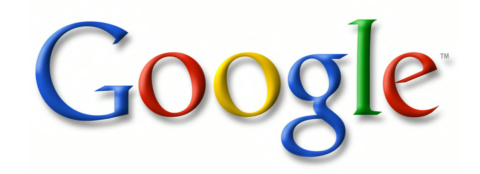
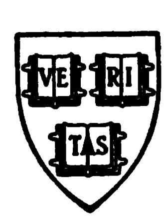



VE RI
TAS



COMENTARIO ACADÉMICO Y FORENSE

DEL CELEBRE JURISCONSULTO

ARNOLDO VINNIO

Á LOS CUATRO LIBROS DE LAS INSTITUCIONES IMPERIALES DE JUSTINIANO,

ANOTADO POR EL JURISCONSULTO

J. Gottlieb Heineccio,

Y SEGUIDO DE LAS CUESTIONES SELECTAS DEL MISMO AUTOR.

TRADUCCION AL CASTELLANO,

ADICIONADA CON LAS VARIANTES DEL DERECHO ESPAÑOL Y LAS DIFERENCIAS MAS NOTABLES DEL DERECHO MUNICIPAL DE CATALUÑA.

POR EL LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA

D. J. L. y B.



TOMO I.

BARCELONA.

LIBRERÍA DE D. J. OLIVERES, EDITOR, IMPRESOR DE S. M.

ESCUDILLERS, 57.

1867.

PROLOGO DEL TRADUCTOR.

Tiempo es ya de que en España venga la solidéz y profundidad á reemplazar la superficialidad y ligereza con que desgraciadamente en esta última época ha sido estudiada, mejor diremos, profanada una de las ciencias que mas directa parte tienen en la felicidad y bien estar de las naciones: hablamos de la Jurisprudencia. Efectivamente; no son no, vanas palabras las que aquí decimos: hablen por nosotros esa infinidad de compendios, estractos y definiciones, únicos ó casi únicos libros que han corrido en manos de la juventud inesperta, con perjuicio notable de la misma, y con desprecio ciertamente inmerecido de los autores esclarecidos, en cuyas obras habian los zurcidores de aquellos encontrado los materiales que para los mismos les sirvieran. Grima á la verdad da reflexionar el prodigioso éxito que semejantes opúsculos han obtenido, y ver al mismo tiempo el olvido en que han caido obras muy recomendables por el acierto y solidéz con que en ellas se tratan materias las mas difíciles. Lo mas deplorable aun, es que este mal no se ha concretado á la ciencia de las leyes, sino que lo ha inundado todo, á la manera de un devastador torrente que nada respeta por antiguo y sagrado que sea. Concretándonos, empero á la Jurusprudencia, si tratamos de investigar las causas que han dado márgen á tamaño mal, las encontraremos principalmente, ya en el desprecio en que cayó en estos últimos tiempos la lengua latina ya en la opinion, por una especie de reaccion literaria generalmente difundida, de que los hombres no deben esclusivamente dedicarse á la ciencia que profesan; sino que han de tener una ligera tintura de todas, para poder de esta suerte de todas ellas hablar, sin entender ninguna. Á la verdad, si no fuera esta una cuestion tan vital para la humanidad toda, causaria risa el ver los ridículos absurdos á que puede conducirnos nuestra presuncion y orgullo. No queremos con esto apoyar el esclusivismo de que hemos hablado hace poco, y que la comun opinion reprueba; pero si diremos, que entre el mismo y la universalidad moderna, que todo lo abarca y nada profundiza, preferimos el primero pues con él se forman hombres profundos que no brillan, y con la otra hombres brillantes que no profundizan; y nosotros, y con nosotros todos los hombres sensatos preferimos á una apariencia magnífica pero engañosa, una realidad menos brillante, es cierto, pero mucho mas positiva.

La otra causa que hemos dicho habia contribuido poderosamente á la propagacion del mal que deploramos, es el desprecio en que la antigua lengua del pueblo romano ha caido entre nosotros. No tratamos aqui de hacer la apología de la lengua latina; solo queremos manifestar que su olvido ha hecho perder entre nosotros el gusto á las obras antiguas casi todas escritas en aquel idioma, al paso que ha aumentado en una proporcion incalculable la aficion á obras insulsas unas, malas otras, y escepto algunas de mérito indisputable, perjudiciales todas. Y preciso se hace reconocerlo: sin un profundo conocimiento del latin, jamás se tendran sino superficiales nociones del derecho romano, pues que las fuentes de este, es decir el Digesto y el Código junto con las novelas se hallan escritas en dicha lengua, y en ninguna traduccion por buena que sea, prescindiendo de que no tenemos ninguna, podrá nadie jamás penetrarse del verdadero espíritu de aquellas leyes.

Siendo esto así se nos objetará tal vez porque hemos vertido á nuestro idioma patrio la obra que presentamos al público? Á esto responderémos, primero, que el mal está ya hecho; que muchos de nuestros jóvenes no poseen bastante bien la lengua latina para que les sea fácil comprender el estilo elevado y algunas veces oscuro de Vinnio, cuya dificultad duplica su estudio y les retrae de él. Además si bien conocemos lo necesario que es el que vuelva á renacer entre no-

sotros el gusto á la lengua de Ciceron, con todo no dejaremos de esclamar con el ilustre Jovellanos, honor de nuestra patria ¿hay mayor absurdo que enseñar las ciencias en una lengua estraña? y podrá ponerse en duda la ventaja de espresar las ideas científicas en aquella lengua que el mas idiota conoce á lo menos mejor que la latina?

He aquí, pues, las razones que nos han movido á emprender esta publicacion. Ojalá que sus resultados correspondan á nuestros deseos que no son otros que el mayor aprovechamiento de nuestra juventud, á fin de que pueda algun dia corresponder dignamente á los elevados destinos á que sus conocimientos y posicion la llaman.

Solo nos resta ya que hacer algunas advertencias, las que servirán de contestacion á los reparos que sobre algunos puntos podrian hacérsenos.

Se notará que antes de la traduccion ponemos el texto latino de las instituciones de Justiniano: esto lo hacemos porque en muchos casos no podria comprenderse el verdadero sentido del comentario sin tener aquel á la vista. Por una razon igual en el cue[illegible] del comentario ponemos las palabras latinas del texto en vez de sus corresp[illegible]entes castellanas. Sin embargo como esto solo lo hemos hecho para la mej[illegible]teligencia, á continuacion del texto latino hemos puesto la traduccion. En todo[illegible] demas hemos seguido literalmente á Vinnio procurando en lo posible que [illegible]raduccion no desdijese del mérito de aquel jurisconsulto ilustre. Tal vez si [illegible]iésemos tan solo atendido á interesadas miras, hubiéramos suprimido las notas del mismo autor, y concretádonos únicamente á los comentarios; pero esto que hubiera redundado en nuestro favor ahorrándonos buena parte del coste de la impresion, y disminuyendo el volúmen de la obra, hubiera sido quizás considerado por algunos como una mutilacion; y aunque en realidad forman dichas notas una obra separada como que en algunas impresiones antiguas se encuentran los comentarios separados, nosotros á pesar de esto los hemos reunido en un solo cuerpo, ya porque se encuentran de este modo en las últimas ediciones, ya tambien porque hemos considerado mas provechoso á la juventud el tener en un mismo libro los Comentarios de Vinnio, y un precioso compendio de ellos hecho por el mismo autor, paraque asi puedan primero estudiar este último, y cuando se hallen algun tanto iniciados en la ciencia legal, puedan con mayores conocimientos y provecho dedicarse á la resolucion de sus mas sútiles é intrincadas cuestiones. Respecto á las citas que tanto prodiga Vinnio, y que manifiestan su inmensa ciencia y erudicion hemos conservado escrupulosamente todas las que hacen referencia á textos legales; pero hemos cercenado muchas otras de infinidad de autores, conservando tan solo las de dos ó tres en cada cuestion, las que segun nuestro modo de ver n[illegible] han parecido mas utiles; pues la muchedumbre de semejantes citas, además d[illegible]vir de muy poco, producen mucho embarazo y confusion.

Esto por lo que hace á la traduccion: en lo concerniente á las diferencias entre el derecho romano y el de Castilla y municipal de Cataluña, creeríamos cometer un plagio literario del que estamos muy distantes si no manifestásemos que para este trabajo nos han servido mucho las Instituciones Romano-Hispanas publicadas en latin por Sala. Sin embargo como desde que aquella obra fué publicada hasta el presente ha sufrido nuestra legislacion algunos cambios en unos puntos, y en otros una completa mudanza; así es que solo nosotros mismos hemos debido hacer un trabajo que no estaba aun hecho. Decimos esto porque á la par que no queremos apropiarnos los trabajos agenos, tampoco quisiéramos se figurasen nuestros lectores que nada de lo que les presentamos es original. Poco es ello, en verdad; pero tal como fuere ofrecemos esta obra al público inteligente de quien esperamos que si alguna cosa encuentra digna de crítica, tendrá en consideracion que

Non voluntas facultati sed facultas de fuit animo.

AL LECTOR

J. Gottlieb Heineccio.

Así como algunos doctísimos varones han encontrado mucho que reprender en la trabajosa é ilustre legislacion de Justiniano, así tampoco ha faltado quien se haya llenado de admiracion y hasta irritado porque este emperador despues de concluida su obra privó á los jurisconsultos, cual del agua y del fuego á los deportados, de la facultad de interpretar é ilustrar las leyes, y con no muy deliberado consejo les condenó á no poder componer sino advertencias, paratitlas é índices (a). La interpretacion de las leyes es segun algunos tan necesaria á una república como las leyes mismas; de modo que sin tan esclarecida facultad consideran la profesion del Jurisconsulto como inútil é infructuosa para la nacion. ¿Cómo, dicen, tendrá valor de llamarse Jurisconsulto aquel que ignora las leyes? Cómo empero, podrá decir que está enterado de estas aquel que únicamente recuerda sus palabras sin comprender su espíritu ni sentido (b)? y cómo finalmente podrá, sea quien fuere y sea tambien cual fuere la perspicacia de su ingenio, llegar á comprender este espíritu y sentido si, no solo no ecsiste interpretacion ninguna, sino que hasta amenaza el grave juicio de la ley Cornelia (c) á aquellos que desean ocuparse en semejante trabajo en pro de la República? Ciertamente no hay ninguna ley ni ningun Senado Consulto segun el mismo Juliano (d) que, díctese de la manera que se quiera, comprenda todos los casos que en diversas circunstancias pueden ocurrir; de ahí necesariamente toda legislacion ha de ser muy imperfecta y por decirlo así lánguida, á no ser que las sustancia y sangre de la interpretacion de los prudentes la acompañe.

La esperiencia por otra parte, maestra de todas las cosas, enseñó, segun dicen, á los romanos, que la república no podia pasarse sin este trabajo de los Jurisconsultos. Á la verdad ¿qué cosa mas artificiosamente escrita podemos hallar que el pequeño código de las doce tablas, cuya legislacion concisa y sencillamente redactada segun Diodoro Siculo (e), hasta la misma posteridad ha admirado como única; el cual fué segun Ciceron (f) antepuesto por Craso á todas las bibliotecas de todos los filósofos; al cual finalmente Livio (g) no vaciló en llamar la fuente de todo derecho público y privado, y Tácito (h) escritor el mas versado en asuntos de esta naturaleza, el fin de todo derecho? Y apesar de todo, luego de dictadas aquellas leyes, desde el momento mismo, empezó á hacerse necesaria la interpretacion de los prudentes y la disputacion del foro (i), y segun el mismo sabemos cuanto floreció la Jurisprudencia Romana insiguiendo una disciplina tan augusta como admirable. Ahora bien; si la república no pudo pasar sin la diligencia de los Jurisconsultos en aquella época en que reinaba en el foro (j)

(a) Constit. De Auctore. § 12. De confect. dic.
(b) L. 17 ff. de legib.
(c) Const. Tanta, § 12 de conf. Digest.
(d) L. 10 l. 11. l. 12. ff. de legib.
(e) Diodor. Sicul. lib. 12. cap 26.
(f) Cic. de Oratore, lib. 1 cap. 44.
(g) Liv. lib. III. cap. 34.
(h) Tacit. Anal. lib. III cap. 27.
(i) L. 2. §. 5. ff. de orig. jur.
(j) Gell. Noct. At. lib. 20. cap. 1.

aquel conciso cuerpo de las leyes Decemvirales compuesto con tanta elegancia y estremada concision de palabras: ¿cómo podria suceder ahora, que la obra de Justiniano difusísima de sí, y compuesta de innumerables fragmentos de varios autores, pudiese entenderse por mortal ninguno sin los comentarios de los intérpretes? cuántas sutilezas no se encuentran en ella? cuántos arcanos ocultos? cuántos misterios de la antigua filosofía, de la antigüedad y del derecho público no se hallan esparcidos por toda ella? cuántas veces tambien sucede que ciertas leyes contradictorias, ya en realidad, ya tan solo en apariencia ponen en conflicto á varones doctísimos? Si pues aun aquellos mismos que emprenden su estudio contando con el ausilio de una mediana instruccion en las ciencias y literatura vacilan en ciertas ocasiones, y confiesan y reconocen que entre tanto número de interpretaciones tienen necesidad de otro Delio nadador, que les sirva de guia; ¿qué les sucederia si, destituidos de toda luz de interpretacion, se viesen precisados á recorrer, cual en una oscura noche, la vasta selva de las leyes, buscando en ella el arte de lo justo y de lo bueno, no menos oculto y difícil de hallar, que fingen los antiguos poetas, lo era aquel fatal ramo, del cual habla la Sibila segun Virgilio (a).

> Latet arbore opaca
> Aureus et foliis et lento vimine ramus,
> Junoni infernæ dictus sacer: hunc tegit omnis
> Lucus, et obscuris claudunt convallibus umbræ.

De esta suerte se enconan algunos contra la mencionada providencia de Justiniano, no encontrando segun ellos suficientes palabras para ensalzar á la posteridad, que mejor apreciadora de las cosas ha derogado tácitamente esta injustísima disposicion cuyo sentido trataba Acursio (b) de modificar valiéndose para ello de una malísima interpretacion.

No hay duda que todas estas razones son brillantes y seductoras en apariencia; si consideramos, empero, la cosa con un poco mas de atencion no nos parecerá tan absurdo el modo de pensar de Justiniano, que tan digno de vituperio juzgan algunos. Y ciertamente no solo fué Justiniano sino muchísimos otros sapientísimos legisladores los que pensaron no convenian á la república estas sútiles disputaciones de las leyes; siendo mucho mas provechoso segun los mismos encomendarlas á la memoria, y espresarlas por medio de hechos que no esplicarlas con comentarios. Ningun Jurisconsulto habia antiguamente en Esparta; no existian en ella Labeones, Sabinos ni Julianos, que interpretasen las leyes de Licurgo, y á pesar de todo esto ningun pueblo aventajó al Espartano en la justicia y severidad de su legislacion; cuando por el contrario en Roma y aun entre los mismos hebréos, en cuyas naciones varones doctísimos empleaban todo su trabajo y desvelos en interpretar las leyes, la justicia se administraba tanto menos conforme á estas, cuanto mas brillaba el estudio de la jurisprudencia y de la elocuencia forense. Efectivamente, la naturaleza de las leyes es tal que cuanto mas sencillas sean, y en mas corto número, con tanta mayor certeza y prontitud se administrará justicia (c) segun ellas; y por el contrario, cuanto mas se vea que los ciudadanos llenan sus estantes de libros, con tanta mayor facilidad sucederá que el prurito de pleitear enriquezca á los causídicos cual lo hace con los médicos un gran número de enfermedades (d). Esto cabalmente fué lo que temió Justiniano y por està razon impuso silencio á los oráculos de los Jurisconsultos, obligando á cesar en sus tareas á los escritores de comentarios á fin de que con los contrarios pareceres de los intérpretes no se perturbase todo el derecho (e) segun en la antigüedad sucediera,

(a) Virgil. Aeneid. lib. 6.° v. 136 y sig.

(b) Glors. ad. C. 1. § 11 de vet. jur. enuel. Commentarios illi adplicare. A saber, haciendo y añadiendo nuevas leyes pues no prohibe exponer estas. Pero lo mas cierto es que se prohibe todo comentario [illegible] deduce de lo que luego se dice.

(c) Strabo Geor. lib. 6. p. 179.

(d) Tacit., Annal. lib. 11. cap. 6

(e) Const. Deo auctore § 12.

ó bien como en otra parte (a) dá la razon de su dictámen con estas palabras «no «verbositas interpretum aliquod legibus adferre ex confusione dedecus, quod et in «antiquis edicti perpetui comentatoribus factum, qui opus moderate confectum «huc atque illuc in diversas sententias perducentes in infinitum distraxerint, ut «pæne omnis Romana Sanctio fuerit confusa.» La esperiencia pues habia enseñado á Justiniano cuanto perjudicaba al derecho romano no solo el estruendo del foro, si que tambien aquellos que á la faz del mundo se proclaman intérpretes de la Jurisprudencia. Amiano Marcelino (b) gravísimo escritor de aquel siglo nos enseña con bastante gracia, qué clase de hombres fueron estos, pues despues de haber descrito á los causídicos y Jurisperitos de aquellos tiempos, y dividídolos en ciertas clases, al hablar de la segunda se espresa en estos términos: «Secundum est «genus eorum, qui juris professi scientiam, quam repugnantium sibi legum abo«levere dissidia, velut vinculis ori impositis reticentes, jugi silentio umbrarum «sunt similes propriarum. Hi velut fata natalitia præmostrantes, aut sibilæ ora«culorum intérpretes, vultus gravitate ad habitum composita tristiorem, ipsum «quoque venditant, quod oscitantur. Hi ut altius videantur jura callere, Treba«tium loquuntur, et Cascellium, et Alfenum, et Auruncorum sicanorumque jam «diu leges ignotas, cum Evandri matre abhinc sæculis obrutas multis. Et si vo«luntate matrem tuam finxeris occidisse, multas tibi suffragari absolutionem lec«tiones reconditas pollicentur, si te senserint esse nummatum.» Habiendo pues, echado de ver el emperador cuanta confusion habia introducido en el derecho tamaña multitud y variedad de interpretaciones, de tal suerte que todo, fuese verdadero ó falso, justo ó injusto, conforme ó no á equidad, encontraba fácil defensa en el foro; ¿debia, pregunto, dar de nuevo libre rienda á esta licencia forense y académica? debia permitir que con nuevas argucías y sutilezas se oscureciese otra vez este mismo derecho ordenado por él á tanta costa? ¿no era por ventura mas prudente desterrar todos los comentarios de los Jurisconsultos á los garamantas que esponer por segunda vez la república á que cayese en el mismo abismo en el que antes la habian precipitado?

Aun cuando, empero, tamañas razones militen en favor de Justiniano, no quiero yo decir con esto que repute como inútil ó infructuoso el trabajo que en nuestros tiempos se emplea en interpretar é ilustrar el derecho. Ni á la verdad pienso tampoco, que insiguiendo las disposiciones de dicho emperador deba arrancarse la pluma de las manos á varones, por otra parte peritos en la Jurisprudencia. He aqui en resúmen mi modo de pensar: La facultad de interpretar las leyes va acompañada de un peligro no pequeño, y por lo tanto aquellas severísimas disposiciones de Justiniano no pueden llamarse contrarias ni á la equidad ni á la prudencia. A la verdad, no porque alguna cosa lleve en sí cierto peligro debemos desde luego proscribirla, y condenarla al olvido, mucho mas, cuando en tiempo de Justiniano no debieron echar de menos esta interpretacion de la leyes, pues en aquella época, segun Cuiacio (c) todo el derecho estaba mas claro, y en contínuo uso; lo que hoy dia sucede todo lo contrario, pues ha penetrado en el foro y en las academias una legislacion estrangera, corrompida en varios lugares, y oscurecida por un largo desuso. Con cuanta cautela, empero, se debe proceder, al hacer uso de esta facultad de interpretar, y con cuanta facilidad se viene á parar á una ambigüedad suma entre tanta multitud de intérpretes, nos lo demuestran con toda evidencia esos voluminosos comentarios, que á centenares han salido á luz desde los tiempos de Irnerio; comentarios, de los que cuantos mas se revuelvan, y cuanto mas voluminosos se elijan, con tanta mayor claridad aparecerá ser verdad aquello, que en general dijo Callimaco (d) *que un grande libro suele ser igualmente un grande mal.* Encontraránse unos peores que otros; pero cuanto mas difusos sean, tan-

(a) Const. Tanta. d. §21.
(b) Ammian. Marcell. lib. 30 cap. 4
(c) Cujac. præfat paratitl. Digest.
(d) Callmach. aputd Athen. Dipnos. lib. III. p. 72.

lo peores aparecerán que los demás; de modo que será preciso confesar al fin, que la Jurisprudencia habria podido reputarse por dichosa si nunca hubiese venido á parar en tan sucias manos, ó si en estos tiempos se hubiese sancionado el edicto de Justiniano, por el que se imponia la pena de la ley Cornelia á tan ineptos zurcidores de Comentarios. Y para que á alguno no le parezca esto algo severa y libremente dicho, bastará manifestar en pocas palabras las cualidades que deben adornar á un buen intérprete, y las que concurrén en muchos de los comentarios que debemos á aquella indocta turba de doctores. El hermoso y utilísimo oficio de intérprete se compone ciertamente de muchas partes. Primero se ha de procurar que vaya acompañado de una instruccion bastante, para poder ilustrar los lugares oscuros; debe tambien saber conocer el genuino sentido, la verdadera acepcion de las palabras, y demostrarlo; en seguida no debe enseñar cosas falsas, ni agenas de su profesion: y finalmente ha de evitar sobre todo que con su modo de tratar las cuestiones, con su estilo horrible, desaliñado y rústico no oscurezca cosas, ya de sí bastante claras. Estas dotes que admiramos en un buen intérprete son tan necesarias que sin ellas nada aprovechará su trabajo. Empero, desgraciadamente se encuentran muy pocos intérpretes como estos en los que resplandezcan tan esclarecidas virtudes; no hablo del siglo aquel de los bartolistas sino de tiempos posteriores despues del feliz renacimiento de las letras, de suerte que podemos decir

Vix totidem, quot
Thebarum portas, vel divitis ostia Nili.

Primeramente, por lo que hace á la instruccion de la que digimos debe estar adornado un intérprete; ¿quién, pregunto, será tan necio que crea haberle servido de mucho para entender el derecho romano, aquellos que sin conocimiento de la literatura griega ni latina, cuando encuentran una palabra griega, cual si hubiesen topado con una piedra mágica esclaman: *es griego, no puede leerse!* que dudan si debe decirse jurisdictio ó jurisditio; para los que finalmente *vis et potestas* quiere decir poder violento, pero violento de tal modo, que se defiere al tutor aun contra su voluntad? Qué luz podemos esperar de aquellos, que ignorantes de la historia y de las antigüedades, nos mandan creer bajo su palabra, que Augusto habia intentado adoptar á Germanico, y que repugnando este, habia astutamente persuadido á un cierto Tiberio para que él le adoptase, y en seguida se le diese en arrogacion, que nos cuentan con toda seriedad, que los hombres se entragaban en otro tiempo á las bestias para que procreasen, ó para que comiesen con ellos, ó hiciesen otras bestialidades; que los padres conscriptos se llamaban así porque sus nombres se escribian en alguna parte, ó en la corona que en sus cabezas llevaban; que los Edituos eran los prefectos de las centinelas nocturnas y aquellos que con los mismos rondaban nocturnamente la ciudad; que el estadío de las ciudades era la octava parte de una milla, que Hércules habia corrido con una sola aspiracion; que el testamento *in procinctu* se llamaba así porque se hacia sucintamente; que el libripende era el tasador, y que la libra de metal era la cosa estimada, ó bien la herencia porque esta de la misma suerte que la libra se divide en doce onzas; que la accion Serviana se llamaba asi á servando y finalmente mil otros disparates por el estilo, que

Non sani esse hominis, non sanus juret Orestes?

Y para que no se piense que tales cosas únicamente se encuentran en aquel siglo de barbarie, y que únicamente Acursio cometió tales errores, recórranse los escritos de aquellos que despues de la feliz regeneracion de la literatura alcanzaron una fama increible en el estudio de la Jurisprudencia; y en ellos se encontrarán cosas no mucho mejores. Así es que apenas podemos indignarnos contra Acursio cuando en comentarios de siglos mas felices cuyos autores paso en silencio, leemos que despues de haber Justiniano conquistado la parte de la Germania superior,

tomó el nombre de Alemánico, que las leyes de los romanos se han de dividir en consulares y decemvirales, que los ediles curules se llamaban así porque tenian á su cargo el cuidado de los templos, que la ley Fusia Canina fué dictada por un cierto Fusio Caninio, que de los hijos de familia se dice *in sacris paternis esse*, porque la persona de su padre debe ser inviolable para ellos, que deportar es lo mismo que sacar fuera de las puertas de la ciudad, que el emperador Claudio sancionó que los cónsules nombrasen tutores á los pupilos extraordinariamente, esto es, sin guardar el órden de los prócsimos agnados, que los emperadores que habian favorecido en gran manera á los clérigos tomaban el dictado de pios, que las leyes Hortensia y Attilia traen su nombre de los cónsules, que Augusto introdujo tres diferentes estados de libertinos, y finalmente mil otros absurdos de la misma clase, que se encuentran no en comentarios de jurisconsultos desconocidos, sino de los que han pasado por clásicos é ilustres. Podrémos decir ni será creible que ninguno de estos tuviese la ciencia necesaria para desempeñar cumplidamente la dificil profesion de intérpretes? no podremos á caso esclamar,

Non tali auxilio, nec defensoribus istis
Tempus eget?

En cuanto al genuino sentido de la oracion, para poderlo sacar y conocer profundamente, no solo nos sirven las mismas palabras y su literal significacion, si que tambien todas las relaciones de lugar y tiempo, segun así lo juzgan aquellos que son algun tanto mas peritos en la ciencia de la interpretacion. Pensando de esta suerte en otro tiempo Antistio Labeon, sin duda el príncipe de los jurisconsultos de su siglo, segun Gelio (a), se dedicó á la gramática y á la dialéctica, cultivando la literatura antigua, y buscando el orígen de las voces latinas para emplear todo este estudio y ciencia en disolver muchas dificultades del derecho. Y estando hoy dia nuestros libros compuestos de varios fragmentos de diversos autores, con razon han opinado hombres de mucho saber que nadie podrá alcanzar á comprender el genuino sentido de las leyes, sino aquel que despues de haber comparado entre sí todos los fragmentos, y unido aquellos que de un mismo libro quedan, tenga presente todo lo que en ellos se trata. Algunos varones muy doctos hicieron ya este ensayo en otros tiempos, y posteriormente á Antonio, Agustino, Jacobo, Cuyacio y Fabro nos manifestó su uso Jacobo Labito en una notable disertacion, demostrándonoslo tambien con sus egemplos esclarecidos Juan Gœddeo y Jacobo Gottofredo, varones á la verdad consumados en esta ciencia.

Quos eget penna, metuente solvi,
Fama superstes.

Pero cuán corto número en otro tiempo y aun hoy dia mismo, en medio de tanta ilustracion de las letras hay que no reputen como indigno de la dignidad de juriconsultos dedicarse á estas mismas ciencias, que tanto cultivó el inclito Labeon? cuán pocos se han resuelto, á pesar de tan brillantes egemplos, al trabajo de comparar entre sí los varios fragmentos del derecho? Tan lejos están de esto los intérpretes que muchos de ellos hoy dia lo miran con un frio desden y con cierto desprecio, contando esta ciencia en el número de los arcanos (b). Que los intérpretes griegos nos sirven de mucho para la inteligencia de nuestros libros es de sí evidente, y nos lo demuestra con toda claridad Caro Hanibal Fabroto (c). Ciertamente, dice este varon, doctísimo, no niego que en los comentarios de los griegos haya algunos lunares, algunos lugares obscuros; pero esto es de muy poca monta en comparacion de las verdaderas y diligentísimas esplanaciones que los mismos nos han dejado. Y dejando los demas autores á parte, ¿quién con mas fidelidad y mas doctamente nos ha esplicado el título de las herencias fidelcomisarias que nuestro Teofilo? ¿Quién comentó con mejor écsito, el título de la obligacion literal y el 12 del libro tercero

(a) Gell. Noct. Attic. lib. 12. cap. 10.
(b) Jac. Gothofred. Proef. Comm. ad. Reg. jur.
(c) Fabrot. Apol. pro Græcis dada á luz con las Exercitat. 12. Paris 1639.

de las instituciones, que el mismo gravísimo autor, indudablemente el primero de los intérpretes segun Cuyacio? Qué intérprete entre los latinos, te pregunto ó lector, ha interpretado con mas cuidado este libro de oro que llamamos las Instituciones? Y poco mas abajo añade: Cuánto provecho no sacó Jacobo Cuyacio, el ojo de la Jurisprudencia, de haber leido y ecsaminado los comentarios de los griegos, nadie puede ignorarlo sino aquel que no haya manejado sus obras; pues las muchas cosas que ni se esplican en las escuelas de derecho, ni se encuentran en los comentarios de los doctores, y que el mismo sacó de ellos, lo saben los jueces peritos en esta materia; los injustos emperó é ignorantes de la lengua griega lo disimulan, ó por decirlo asi no lo ven, puesto que sus ojos se deslumbran con tan brillante resplandor. Cuántos jurisconsultos hoy dia empero se dedican á la lengua griega? Cuántos conceden un lugar en su biblioteca á los libros en dicha lengua escritos, ó sacan de ellos alguna utilidad? Poquísimos á la verdad. Ecsiste un comentario de las Instituciones muy manejado por los doctores en el que cuando se hace mencion de las Basilicas, el autor habla de ellas cual de una obra por él desconocida, y ya en otro tiempo perdida del todo, de la cual nada de cierto puede afirmar, sino que las Basilicas es un libro que contiene las leyes compuestas y promulgadas por los emperadores. Otros que aparentan saberlo todo siguen el ejemplo de Oton Tabor, y esclaman que nada pueden aprovecharnos aquellos frívolos griegos, y que debemos reirnos de sus fábulas. ¿Cuánto no importa pues huir de estos peligrosos intérpretes que en ninguna ocasion tuvieron esta instruccion y temieron por su fama, si atreviéndose á emprender tamaña y tan memorable hazaña se hubiesen acercado á los oráculos de la Grecia? Qué diremos finalmente del estudio de la verdad que para el intérprete debe ser el primero de todos? Diráse tal vez que fué hallada felizmente por los antiguos que sabian aquel arte de investigar la verdad, y de raciocinar con los ignorantes, ó podremos esperar mucho mas de los modernos que embebidos en la dialéctica de Pedro Ramo, solo han aprendido el arte sublime de dividir los dedos de la mano en dos órdenes? O mas bien buscarémos la verdad en los comentarios de aquellos, que creian tener la mision de destruir y subvertir todas las opiniones de los pasados, y á la manera que un clavo con otro asi una opinion con otra apoyándose, habian llevado las cosas á tal estremo de modo que ya parecia cosa fácil defender cualquiera doctrina, por absurda que fuese con el parecer y apoyo de mil Jurisconsultos? Francisco Hottomanno ya reparó que aquel célebre Andres Tiraquello, en su libro que publicó atestado con citas de todos los autores (a), despues de haber acumulado cien y mas doctores que pensaban en favor de una doctrina, añadia estas palabras ú otras semejantes; «para que veas amigo «lector, que en nuestro derecho nada hay que no sea ambiguo, y que no esté en«vuelto entre mil disputas y controversias, te quiero enumerar otros tantos ó mas «autores que son de una opinion del todo contraria;» y en seguida ponia una larga lista de otros doctores que opinaban diferentemente. Qué utilidad reportará el amante de la verdad de este farrago de opiniones discrepantes? A buen seguro le sucederá lo propio que segun Terencio aconteció á Demifo quien despues de haber consultado á tres abogados esclamó (b)

Fecistis probe:
Incertior sum multo, quam dudum.

La verdad, pues, es evidente que no se apoya en la autoridad de los doctores sino en los fundamentos de las leyes y del raciocinio, y á pesar de esto muchos intérpretes cuidaron siempre mas de la glosa que de la recta razon y autoridad de estas. De ahí el que por todas partes salgan á la palestra numerosos escuadrones de doctores, cundiendo este ejemplo por el foro, en donde se presume la victoria y se jactan de alcanzarla aquellos que en su favor tienen los Sandios, Christineos, Wesembecios, Schneidwinos, Carpzovios y Mevios, como que fuese certísimo lo que

(a) Hotom. Antitribonian. Cap. 16. (b) Terent. Phorm. Act. 2. Scen. 4. V. 18.

á muchos ha parecido tal, y no sea igualmente fácil formar otro ejército de glosadores para oponer al primero. Poco há se ha dicho, que otra de las cualidades que deben adornar á un intérprete era que no se ocupase en cosas agenas de su profesion, y cuan importante sea esto, nadie puede ponerlo en duda. ¿Quién sino podria llevar en paciencia que un filósofo que tuviese que disertar acerca de la virtud, empezase por hablar de los primeros elementos del mundo; en seguida esplicase con detencion la naturaleza del hielo; de ahí pasase al número de conjugaciones y con sutileza disputase sobre las partes de la oracion; y finalmente viniendo al punto principal mas bien bosquejase, que no esplicase, si ecsiste la virtud, qué cosa sea y de cuántas maneras? Ciertamente me admiraria que si alguno daba oidos á semejante filósofo no hiciese como en otro tiempo unos estúpidos que fueron á buscar á cierto Hipocrates quien les recetó en primer lugar un paseo agitado, en seguida una comida de acelgas y malvas; y finalmente les prescribió un emetico y así bien purgados les envió á buscar juicio. ¿No acostumbran acaso disputar de esta suerte algunos intérpretes y no de los mas obscuros, quiénes tratando de comentar los títulos de Justiniano, preguntan, si en los instrumentos de los escribanos se ha de poner ante todo la invocacion del nombre divino, ó bien el nombre y todo el título del emperador; si se puede elegir un emperador que no sea de orígen Germano; si lo fué Carlomagno; si conviene que el obispo se elija de entre el gremio de la Iglesia; y de ahí insiguiendo lo mismo preguntan si Justiniano fué ortodocso; si fué instruido en la literatura; si conoció la lengua latina, de donde se deriva la palabra triunfo; si el emperador es el dueño del mundo y puede enagenar una provincia del imperio romano; si vale y está ratificada la donacion de Constantino Magno? Hé aquí un cúmulo de escelentes cuestiones despues de las cuales creen que nos es preciso comprendrer el horrible arcano de estas palabras: «Imperator, Cesar, Flavius, Justinianus, Alemanicus, Gotthicus, Franci-«cus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, Inclitus, «victor ac triumphator semper augustus, cupidæ legum juventuti S.» Ocupados los mismos en esplicar la definicion de la justicia preguntan con ansiedad de dónde viene el nombre de derecho; porqué se pone por epígrafe, *de la justicia y del derecho*, y no mas bien *del derecho y de la justicia*; qué justicia es la por Justiniano definida, la divina ó la humana, la universal ó la particular, la conmutativa ó la distributiva; porqué los jurisconsultos son sacerdotes de la justicia; porqué se dice la voluntad de dar á cada uno lo suyo, y no la voluntad que da á cada uno lo suyo; si la autoridad de los filósofos debe prevalecer contra la autoridad de los jurisconsultos? Tanta fecundidad de doctrina se oculta en aquella definicion Justinianea y de tanto peso es esplicar estas pocas palabras: «La justicia es «una constante y perpétua voluntad de dar á cada uno su derecho.» Quizá les parezca á algunos que me burlo, y que me finjo cuestiones fuera del caso que jamás han pasado por las mientes á ninguno de los intérpretes; pero que esto ha sucedido así y no á los descendientes de Bartulo y de Baldo, sino á estos mismos jurisconsultos que florecieron en tiempo de nuestros padres y aun en los nuestros mismos, fuera muy fácil demostrarlo con sus mismos comentarios, sino temiera se me dijese que trato de insultar á los otros. No seria muy dificil tampoco manifestar á los intérpretes cuan poco guardaron en sus escritos el órden que todo sabio procura guardar, pues que en medio de tanto fárrago de cuestiones absurdas é incoherentes se observa á poca diferencia el mismo concierto, que el que podria haber en la informe masa de materia de la cual hizo Dios éste Universo. Sobre este punto discurriendo, y hablando de los glosadores, dice así Marco (a) Antonio Moreto varon de agudo ingenio, «¿Qué embrollo de preceptos de todo gé-«nero no nos dejaron aquellos? de la misma suerte que si un labriego reuniese en

(a) Muret. lib. 11. Orat. 17

«un solo monton cebada, trigo, arveja y otras especies de legumbres, no creo hu-
«biese mayor confusion que la que se encuentra en sus comentarios. Así es que
«siempre que echo una mirada sobre ellos, recuerdo aquel verso de Ovidio ha-
«blando del Caos:

Quaque erat et tellus, illuc et pontus et aer.

«Entre ellos al hablarse por ejemplo de la autoridad de los magistrados se mez-
«cla tambien algo acerca de los testamentos; donde se trata de la compra y ven-
«ta se inserta algo acerca de las penas, ó de la autoridad de los tutores; de modo
«que nada en ellos tiene un lugar cierto y determinado y nada tampoco hay que no
«se encuentre tratado á la vez en su lugar correspondiente y en otro muy ageno al
«mismo. De ahí estas repetidas llamadas, y notas de un lugar á otro que le pre-
«cisan á uno á buscar aquello que debe tratarse en el lugar que estudia, en otro
«diferente, y que jamás habria podido adivinar á no habérselo advertido; suce-
«diendo con ellos lo que con un padre de familia que colocase los vestidos en la
«despensa y no en el arca; pusiese el pan en el pozo, los peces en el bosque y las
«liebres en el estanque. Aristóteles nos enseña la opinion de algunos antiguos físicos
«entre los cuales se cuenta Anaxagoras, que decia que todo era preciso estuviese
«colocado en su lugar respectivo, esto es *quidlibet in quolibet*, espresando su idea
«con un hemistiquio griego que segun creo es de Empedocles παν ἐν παντὶ μέμικται. Si
«esto es verdad en cuanto á los físicos, díganlo los que entienden estas materias
«pero en cuanto á los comentarios de tales intérpretes ninguna duda puede que-
«dar.» Asi se espresa Moreto acerca los libros de los glosadores y á buen seguro
que lo mismo dirá cualquiera que ecsamine muchos comentarios jurídicos, aun de
siglos mas ilustrados.

La última circunstancia que dijimos deber concurrir en un intérprete fué la pu-
reza y claridad de su estilo, claridad y pureza que no creo ó al menos ignoro ha-
yan adquirido muchos intérpretes fuera de la escuela de Cuyacio; pues aun cuando
despues de desterrada aquella antigua barbarie empezaron los hombres doctos á es-
cribir con mas pureza, sin embargo aun se encuentran los libros de los juriscon-
sultos inficionados con la corrupcion de Acursio en tan alto grado que si Papinia-
no volvia á la vida y desease leer aquellos comentarios, deberia emprender de nue-
vo el estudio de su lengua. Algunos jurisconsultos creen que no pueden sostener
su nombre á no ser que empleen la lengua propia de los jurisconsultos, esto es una
lengua bárbara. De ahí el que por todas partes *amplien*, *subamplien*, *limiten*, *sub-
limiten;* que por dó quiera prometan las *resoluciones* de las leyes y otras elegan-
cias semejantes; que siempre nos hablen de las *prácticas practicadas*, y de los *per-
juicios* en los *términos terminantes*, de aquella utilísima cláusula *rebus sic stantibus*,
y mil otras cosas del mismo jaez que cual píldoras de miel esparcen por todas sus
obras, á cuyas agudezas si se añaden algunas gracias, á lo menos aquellos acsio-
mas elegantísimos que ellos llaman Brocardicos, tales como: *casus nolumtatis
comprehendit sub se casum impotentiæ: ab actionibus ad interesse libera nos Domine;
solus cum sola non præsumitur orare Pater noster*, y otros semejantes, ciertamen-
te que entonces se habrá conseguido elaborar un verdadero veneno diluido en
agua de la laguna Estigia con cuyo uso llegarán á desalentarse los mas sanos en-
tendimientos. De tal naturaleza son muchos de los comentarios de los juriscon-
sultos que atestan nuestras casas; y si de ellos ha reportado la república grandes
utilidades por espacio de tantos siglos, y si por el contrario no habrian hecho me-
jor sus autores en ocuparse componiendo indices, segun el consejo de Justinia-
no, díganlo aquellos cuyo paladar no gusta de semejantes manjares. Siendo pues
esto así, ciertamente son dignos de singular y escelsa alabanza aquellos pocos,
pero buenos intérpretes, que se han esmerado en ilustrar y aclarar las oscuri-
dades y ambigüedades de nuestro derecho, en cuyo número por lo que hace á la
interpretacion de las instituciones, ademas de Cuyacio, Gifanio, Juan de la Cues-

ta y algunos otros juzgo no deber poner en último lugar al escelente jurisconsulto Arnoldo Vinnio. A la verdad, desde que empecé á dedicarme á la Jurisprudencia, preferí su comentario á otro cualquiera sirviéndome de mucho para la adquisicion de una sólida doctrina, de modo que posteriormente cuanto me vi en la precision de esplicar á otros el derecho, ningun otro libro reputé oportuno encomendar con mas eficacia á mis oyentes, que el comentario de Vinnio, del cual tan copioso fruto habia sacado yo mismo. Apenas hay cualidad alguna, que deba tener un buen intérprete, que no haya brillado en nuestro Vinnio. Tenia en primer lugar todos aquellos estudios que son algun tanto raros en los hombres de nuestra profesion, hallándose instruido y no poco en la literatura griega y latina, habiendo leido muchos escritores de todos los siglos, teniendo una mas que mediana noticia de las antigüedades, y reuniendo á todo esto tal agudeza de ingenio, tanta profundidad de juicio, de modo que ni se adheria á los vulgares pareceres de los pragmáticos, ni aun del mismo Triboniano, ni tampoco seguia ciegamente á Cuyacio, Antonio Fabro, Bacovio ni á otros cuando introducen en nuestra ciencia alguna novedad, sino que por otras partes procuraba ecsaminar la razon de las leyes y peso del raciocinio, manifestando que jamás obraba por el mero impulso de la autoridad de alguno. Otra ventaja que tiene nuestro Vinnio es, que siempre investiga cuidadosamente el genuino sentido de Justiniano y no se avergüenza de pedir á la filolofía los ausilios con que la Jurisprudencia se enriquece. Y aun cuando en la habilidad y artificio de comparar y reunir las leyes de un mismo libro sacadas, sobresalga mas en las pandectas y el código que no en las Instituciones, nada omitió sin embargo para demostrar en lo posible de qué autores ó fragmentos se ha sacado cada párrafo, y en qué este discrepa de sus autoridades, haciendo esto, no con el objeto de insultar á Triboniano (con cuyos laureles muchos creen hoy dia ceñirse una corona), sino para dar sencillamente la razon que pudo haber para semejante discrepancia. Muy digno de alabanza es tambien y muy útil el trabajo que Vinnio se tomó en comparar la Paráfrasis de Teofilo; pues aun cuando este sea reprehendido de muchos y en ciertas ocasiones de aquellos, que ni aun lo leyeron; no hay duda que como decia Fabroto cuyas palabras repetimos mas arriba, ilustró mucho las instituciones. Y no hablamos de cierto Teofilitzo á quien algunos engañados con ciertas palabras de Cuyacio (a) le hacen posterior á Acursio, sino de aquel Teofilo varon ilustre y profesor de jurisprudencia, y el que fué empleado por el mismo Justiniano en redactar las instituciones. Que sea este aquel mismo intérprete se prueba con muchos argumentos: en primer lugar, sabemos que Teofilo desempeñó el cargo de profesor de jurisprudencia en la ciudad de Constantinopla (b); que este profesor, empero, fuese dicho intérprete se deduce de aquellas palabras que se leen en cada libro de los viejos códigos, Επιτρώθη ή ά (β, γ, δ,) Ινςιτουτιων, Θεοφίλου Α'ντικήνσωρος. Que el mismo, finalmente, vivió en Constantinopla se demuestra, porque siempre que hace mencion de ella la llama, *esta ciudad* ó *esta ciudad régia* (c) como acostumbran hacerlo aquellos que hablan de la ciudad en que viven. Finalmente habiendo Teofilo profesor de jurisprudencia florecido en los tiempos de Justiniano, es evidente que nuestro intérprete es del mismo siglo; por otra parte al hablar de los emperadores cristianos antecesores de Justiniano lo hace de modo que se conoce no ecsistian ya: por ejemplo cuando dice; Cenon de divina memoria (d) τῆς λείας λήξεως Γ'ουςινου (e). Al paso que al mencionar á Justiniano dice: nuestro señor sacratísimo, nuestro emperador, nuestro piadosísimo emperador, nuestro emperador clementísimo (f); y al hablar de Teodora, nuestra piadosísima Señora (g): ademas llama á una constitucion de

(a) Cuyat. Recitat. ad tit. Inst. de action.
(b) Const. Tanta. § 9 de conf. Digest.
(c) Theoph. § 7. Inst. de satisdat.
(d) Theoph. § 34. Inst. de act.
(e) Theoph. § 3. de Donat
(f) Theoph. § 1. de usuc. § 3. de don. § 7. quib. ex licet. § 7. prœm.
(g) Theoph. § ult. inst de usuc.

Justiniano la constitucion promulgada poco ha (a), cuyas palabras ciertamente no habria escrito, si hubiese hablado de un príncipe ya difunto. Añádase á esto que Teofilo muchas veces introdujo en su paráfrasis las fórmulas antiguas y los ritos de la antigua jurisprudencia, los que como oportunamente advierte Fabrotto (b) no habiéndolos podido sacar de otra parte, que de los libros de Cayo, Ulpiano y otros antiguos jurisconsultos, es del todo evidente que debió vivir antes del total naufragio de aquellos libros, y que debió estar muy versado en la lectura de los mismos; nada de lo que podemos decir de ningun griego moderno, sino de aquel Teofilo celebérrimo, profesor de jurisprudencia de la escuela de Constatinopla. Por otra parte, Nicolás Hieronimo Guindlingio (c), varon eruditísimo y en otro tiempo mi íntimo cólega, ya manifestó que Thalelœo alabó la paráfrasis de nuestro Teofilo, cuyo Thaleloeo fué aquel con quien en compañía de Triboniano y otro compuso Teofilo las pandectas, habiéndolas despues literalmente traducido. Lo que habiendo reparado Fabrotto (d) ciertamente es de admirar, que creyese el mismo varon doctísimo que este Teofilo no era mucho mas jóven que Justiniano, pero diferente de aquel otro Teofilo uno de los compositores de las pandectas é instituciones, como si el mismo intérprete no hubiese probado y puesto en evidencia su edad con muchos é irrefragables argumentos. Que nuestro Teofilo fué contemporáneo de Justiniano paréceme haberlo demostrado suficientemente; y así sin duda alguna obró muy bien Vinnio y muy conforme á los intereses de la juventud estudiosa de las leyes al consultarlo cuidadosamente, y estableciendo ó esplicando segun él el texto de las instituciones. No menos digno de alabanza es el singular estudio de la verdad que él manifestó por todas partes, mientras se dedicó á escribir; pues con razones solidísimas y con la autoridad de las leyes fortaleció toda la doctrina que enseñó, sin adherirse jamás ciegamente á las opiniones de autor ninguno. Tambien estuvo muy lejos este varon doctísimo de que segun la costumbre de otros glosadores, quisiera destruirlo y ponerlo todo en duda, pues por el contrario con suma erudicion terminó muchas de estas cuestiones, eligiendo muchas veces la opinion mejor y mas conforme á las leyes y confirmándola de tal modo que hasta obligó á ceder á los de la opinion contraria. Ultimamente el órden que siguió en su obra es el mas conveniente, esplicando en primer lugar cuidadosamente el texto, procurando desvanecer los reparos que puedan ofrecerse al lector, é ilustrando la doctrina que sienta, sin disimular ni olvidarse de las nuevas constituciones de Justiniano, ó bien de lo que, ya sea por desuso, ya por las costumbres nacionales se haya mudado en el foro. Ningun esceso se encuentra en él: todo es oportuno; ninguna cuestion ociosa ni impertinente, ni podrá decirse de Vinnio lo que del cocinero Plautino que confundió los diversos derechos, pues siempre separa cuidadosamente el derecho romano de las costumbres patrias, haciendo lo posible para que los principios de entrambos sean fácilmente comprendidos por sus lectores. Su estilo es puro sin afectacion, y bastante latino, sin incurrir en la barbarie con que muchos jurisconsultos han afeado sus comentarios. Así que su obra me fué muy agradable desde un principio, siéndolo aun mas despues que un varon muy íntegro, deseando hácer de él una nueva edicion me lo suplicó con toda eficacia, pues habiendo sabido que yo habia en mi ejemplar hecho algunas notas, no vaciló en pedirme mi cooperacion para que este comentario de Vinnio saliese á luz mas enmendado y corregido. Ciertamente nada de lo que en mi hubiese sido posible, hubiera omitido si hubiese tenido para este objeto algun tanto mas de tiempo. He aquí en pocas palabras todo lo que yo he hecho: en primer lugar releí y revisé todo el comentario de Vinnio, de tal modo que no solo hice desaparecer muchísimas erratas, que en la primera edicion se

(a) Ibidem.
(b) Fabrot. Prœfat ad Theoph. Inst.
(c) Gudlingiam. Part. 11. obs. 11.
(d) Fabrot. Prœfat. ad Theoph. Inst.

habian cometido, sino que puse mucho cuidado en la puntuacion antes viciosísima, ó enteramente omitida; y además muchos de los autores que cita Vinnio los examiné y en donde él solo hace mencion del libro yo he añadido el capítulo y á veces la página para evitar al lector el trabajo que de otra suerte tendria en buscarlo. Además en algunas notas ó adiciones que he hecho, he puesto, para que se distingan de los comentarios de Vinnio mis letras iniciales Hein; notas ó adiciones que ya habia hecho anteriormente al márgen de mi ejemplar, y que me he permitido dar á luz porque de muchas de ellas no me he aun arrepentido. Son no de una sola especie; pues unas suplen lo que no trata Vinnio con bastante estension; otras enmiendan lo que no estaba puesto con bastante cuidado, y finalmente hay algunas que proponen alguna congetura acerca de las leyes enmendadas ó esplicadas por Vinnio, sometiéndome siempre al juicio del lector. No pienso que algunos quieran reprehenderme porque me he atrevido á esto; ¿porque qué injuria es hacer algunas notas en un libro ageno, y qué cosa mas facil para un lector que no las encuentre conformes, pasarlas por alto, mucho mas siendo en corto número y aumentando en muy poco el volúmen del libro? Si en el estilo se encuentran algunas faltas creo deberán disimulárseme, en atencion á que apenas leida la obra y revisada, en medio de otras ocupaciones y del luto doméstico, hubo de enviarse inmediatamente á Londres, habiendo el mismo varon íntegro que costeó la edicion, cuidado de su correccion, quien estando por su talento y por la inteligencia del lenguage enteramente al nivel de esta obra y teniendo por otra parte dadas muchas pruebas de su habilidad, es de sí bien patente ser cierto lo que escribió el poeta (a)

Dominum videre plurimum in rebus suis.

Tu lector, disfruta de esta edicion, á mi modo de entender mejor que ninguna otra de las anteriores, y sé indulgente conmigo que te deseo todo bien. Vale.

(a) Phaedr. lib. II. fab. 8. v. 30

INDICE

De los epígrafes del primero y segundo libro segun el órden de títulos.

PROEMIO. DE LA CONFIRMACION DE LAS INSTITUCIONES.

LIBRO PRIMERO.

LIBRO SEGUNDO.

COMENTARIO

ACADEMICO Y FORENSE

DE ARNOLDO VINNIO JURISCONSULTO,

SOBRE EL PRIMER LIBRO

DE LAS INSTITUCIONES IMPERIALES,

CON NOTAS ACERCA DEL TEXTO.

PROEMIO

De la confirmacion de las Instituciones.

TEXTO.

In nomine Domini nostri Jesu-Cristi.

Imperator Cæsar, Flavius, Justinianus, Alemanicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, Inclitus, Victor, ac Triumphator, Semper Augustus, cupidæ legum juventuti S.

TRADUCCION.

En nombre de nuestro Señor Jesu-Cristo.

César, Flavio, Justiniano, emperador de los Alemanes, Godos, Francos, Germanos, Alanos, Vándalos, Africanos, Pio, Feliz, Inclito, Vencedor, Triunfador, Siempre Augusto á la juventud amante de las leyes.

COMENTARIO.

Imperator.) Este nombre tomaban todos los generales de ejército, pero mas propiamente acostumbraban llamarse así, aquellos que habiendo salido con bien de una empresa eran condecorados con este título de honor por aclamacion de sus soldados, ó por un decreto del Senado. Despues de la República empezó á ser uno de los sobrenombres de Príncipe en virtud de un Senado Consulto. *Hotomannus ex Cic. Tacit. Sueton. Dion, Appian.* Vinn. Con todo muchos Emperadores Byzantinos habian dejado este nombre antes de nuestro Justiniano, quien lo puso otra vez en uso, habiendo sido antes renunciado, por decirlo asi, con derecho de Postliminio, segun atestigua Agathias *lib.* 6. *p.* 157. *Ex. Spanhem. de Usu et præst. num. Tom.* 2. *Diss. p.* 403. Heinn.

Cæsar). Este fué cognombre de familia en la gente Julia, el cual despues de C. Julio se hizo hereditario entre los Emperadores, siendo con el tiempo llamados así, aquellos que durante la vida del Emperador eran designados como herederos de la Augusta magestad; *l.* 7. *Cod. de malef. et. mathem*, y *Spartian*, *in Ælio Vero*, en donde dice que este mismo Ælio Vero fué el primero que tomó el nombre de César con dicho motivo: hoy dia, empero, se llaman Reyes de los Romanos (a) Vinn. Así tambien se esplica Sparciano sobre *Ælio Ver. cap.* 2. donde dice contra el paracer de Aurel. Vict. *cap.* 42 sobre Trajano; que los nombres de César y Augusto traen su orígen de la adopcion de Adriano, mas ni uno ni otro tienen razon; pues todos los hijos de los príncipes fueron llamados Césares ya desde los tiempos de Neron. Domiciano luego despues de la muerte de Vitelio tomó este nombre, segun Tácito *hist. lib.* 3. *cap.* 86. De ahí las monedas de Tito y Domiciano Césares, segun Spanhem *tom.* 2 *pág.* 551. Tambien Trajano fué llamado César luego despues de la adopcion. Vea. *pagi. Crit. Bar. ad ann* 86 *et* 97. Posteriormente los candidatos destinados á la sucesion del Impe-

(a) Este es hoy dia, uno de los títulos de los Emperadores de Alemania, y de ellos habla aquí Vinnio; pues en su tiempo no ecsistia el Imperio Romano.

rio fueron llamados nobilisimos Césares, cuyo nombre se encuentra por primera vez en las monedas de Filipo el jóven, aunque con anterioridad á éste se lee lo mismo en una lápida dedicada á Máximo hijo de Maximino, segun Gruter. p. 151. 5. véase Ez. Sphan. de usu et praestant. num. Diss. 12. 5. 2. p. y seq. HEIN.

Flavius.) Este nombre se deriva del Emperador Vespasiano quien segun Suetonio descendia de la gente Flavia, que era ignoble y no muy antigua.

Justinianus). Este fué el nombre propio de nuestro Emperador, y el que tuvo antes de la adopcion, de lo que se deduce no traerá su origen del nombre de su tio Justino padre adoptivo suyo, segun piensan algunos.

Alemanicus, *Goticus* etc.) Nombres todos derivados de Naciones á las que se habia vencido, ó declarado la guerra: Seneca *l.* I. *de Clementia* 14. dice, que el pueblo complaciente prodigó á la Magestad ambiciosa cuántos títulos pudo acumular, VINN. Esta costumbre de añadir al nombre propio, el de las Naciones vencidas, ya antes de Justiniano la tenian los Emperadores: únicamente el nombre de Judaico á causa del ódio á la religion de este pueblo, despreciaron ambos Vespasianos. Por lo demas, todos estos pueblos son bastante conocidos, menos el Antico, el cual segun muchos intérpretes es limítrofe al mar; sin embargo Spanhem *ibidem disertacion* 12 §, 14. *p.* 504. *T.* 2. advierte acertadamente, que no debe leerse Antico, sino Pontico; pues en el Ponto Euxino habia vencido á los Lazos, Abasgos, y Tzanos, por lo que en otro parage se le llama Lazico *Novela* 43. HEIN.

Francicus). Segun Agathias, Teodoberto rey de los Francos llevó muy á mal que Justiniano se arrogase el título de Francico, como que hubiese vencido á esta Nacion. Posteriormente tambien se llamó Gepídico y Longobárdico, lo que irritó tambien á estos pueblos. Cujac. Y Grot. *ex Agathia*.

Pius). Antonino sucesor de Adriano fué el primero que tomó este nombre, Capitol. *in Antonin*. *c*. 2. y de él pasó á otros. Justiniano *Novell*. 78. *c*. 5. Α ʼντωνῖνος ὁ τῆς εὐσεβείας [illegible] (Antonino tomó el nombre de su piedad, y de allí ó de él nos viene á nosotros este dictado.) VINN. De todos modos consúltese á Ezech. Spanhem. *Disertacion* 12. §. 6. *p.* 454. *y siguientes*. *T.* 2. HEIN.

Felix). Segun la historia, Comodo tomó este sobrenombre, habiéndole imitado muchos de sus sucesores, que lo transfirieron á Justiniano. VINN. Mas segun Séneca ya en su tiempo se daba este nombre á los Emperadores. Lib. 11. de Clemen. c. 14 HEIN.

Triumphator). Léese que triunfó de los Persas y de los Vándalos. Varron l. 7. de ling. dice que el triunfo consiste en las aclamaciones que los soldados prodigan á su vuelta al Emperador por toda la ciudad, cuando se dirigen al Capitolio gritando: *Io triumphe io*.

Augustus). Este nombre fué dado por el Senado á Octavio, derivándose de que los lugares donde se consagra á alguno, por medio de la ceremonia de los augures, se llaman augustos. Suet. *en August*. *c*. 7. Otros creen llamarse así de aumentar el Imperio. VINN. En el mismo sentido le toma Manasses *in Politicis*. Por el contrario en la *Novell*. 17. ἀεὶ σεβαςόσ se traduce, *siempre digno de ser adorado*.

Así como Platon quiere que en toda ley haya tres partes, á saber, el Proemio, la disposicion legal, y la Sancion, así tambien en esta Constitucion, se encuentran tres miembros: 1° El Proemio en el que Justiniano recomienda el estudio de su legislacion hasta el §. 3. 2° La legislacion hasta el parrafo penúltimo. 3.° Por fin la sancion penal. Wesemb aqui.

TEXTO.

De usu Armorum et Legum.

Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bello um et pacis recte possit gubernari; et Princeps Romanus non solum in hostilibus prælüs victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat, et fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator (magnificus.)

TRADUCCION.

Del uso de las armas y de las leyes.

Conviene que la magestad Imperial esté no solo condecorada con las armas, si que tambien armada con las leyes, para que en todo tiempo ya de guerra, ya de paz pueda bien gobernarse, y á fin de que el Príncipe Romano, no solo salga vencedor en las batallas contra los enemigos, si que tambien reprima por medio de los trámites legales, la iniquidad de los calumniadores, y sea tan observante del derecho como triunfador magnífico para los enemigos vencidos.

COMENTARIO.

Armis decoratam). El emperador no puede administrar bien la República en ningun

tiempo sin el auxilio, á la vez de las armas y de las leyes, sobre cuya sentencia han notado algunas cosas escelentes Hotom. y Grot. *ex Arist. Plat. Liban*.

Legibus armatam). Esto es, fortalecida y provista. M. Tullio l. 1. de Off. escribe que el Imperio de los Lacedemonios debió mucho mas á las leyes y disciplina de Licurgo que á las hazañas de Pausanias y Lisandro. De poco sirven, dice en el cap. 22, las armas en el esterior, si no hay buen gobierno en el interior. Cométese aqui una cierta figura retórica por la que se atribuye á las armas la propiedad de adornar, y á las leyes la de armar. Theoph, traduce literalmente este pasage: ὅπλοια κοσμεῖσθαι, νομοσσ ὁπλίζεσθαι. Esto es, adornar con las armas y armar con las leyes.

Victor existat). El sentido es manifiesto; el Emperador no solo adquiere una gloriosa victoria con las armas, si que tambien con las leyes.

Legítimos trámites). Es decir, los trámites que las leyes prescriben. Teófilo lo traduce, νομίμας ἐπινοίας. Esto es, invenciones legales. El Emperador adquiere el nombre de vencedor, no solo derrotando á los enemigos, si que tambien reprimiendo á los calumniadores.

Calumniantium). Tómase aqui la parte por el todo; esto es, la mala fe que se observa en los juicios, de la cual propiamente se entiende la palabra calumniar, en lugar de aquella que es admitida en toda ciudad pacífica. Ciceron 2. *de Republic. Ut Carneadi respondeatis, qui sæpe optimas causas ingenti calumnia ludificari solet*.

Juris religiosissimus). Esto es observante del derecho con toda conciencia. Dion. Halicar. lib. 5. Κράτισοσ ἦν Βασιλεύσ ο δικαιότατοσ τε καί νομιμώτατοσ. que quiere decir, el Rey mas poderoso, mas justo, mas observante de las leyes.

Magnificus). Esta palabra no se encuentra en los libros antiguos segun Cujac. y Hotom. n en Theophilo tampoco.

TEXTO.

De bellis et legibus Justiniani.

§. 1. Quorum utramque viam cum summis vigiliis, summaque providentia annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros Barbaricæ gentes sub juga nostra redactæ cognoscunt, et tam Africa, quam aliæ innumeræ provinciæ post tanta temporum spatia, nostris victoriis á cœlesti Numine præstitis, iterum ditioni Romanæ nostroque additæ Imperio protestantur. Omnes vero populi legibus tam á nobis promulgatis, quam compositis reguntur.

TRADUCCION.

De las guerras y leyes de Justiniano.

Cuyos dos objetos con la voluntad de Dios, y con una estremada diligencia y muchos trabajos hemos alcanzado. Las naciones bárbaras reducidas á nuestro yugo sienten el peso de nuestras armas, y asi el Africa como otras numerosas provincias reducidas despues de tanto tiempo otra vez al reino Romano y añadidas á nuestro Imperio con las victorias que nos dispensó el favor del cielo lo atestiguan; todos los pueblos, empero, se rigen por las leyes ya promulgadas por nosotros, ya compuestas por nuestros antecesores.

COMENTARIO.

1. *Utramque viam*). Justiniano alcanzó la gloria de vencer á sus enemigos, y conservó la igualdad de la ley entre sus súbditos.

Barbaricæ gentes). Quiere decir los Persas en la Syria, los Vándalos en el Africa y en la Italia, y los Godos en esta y en Sicilia.

Redactæ). Segun los antiguos *deductæ* y así en Cuya y Hotom.

Innumeræ). Segun los antiguos *numerosæ*, esto es, muchas; pues de esta suerte se espresaron Casiodoro. Oros. Eutrop. y otros escritores coetáneos. Theop. con todo dijo ναρίθμητοι.á Esto es innumerables.

Post tanta temporum spatia). Segun Procopio despues de 95 años; durante los cuales los Vándalos poseyeron el Africa *l. 1. Cod de offic præf. Afric*.

Ditioni Romanæ). Despues de haberse trasladado la silla del imperio á Constantinopla, llamada antes Byzancio y posteriormente nueva Roma, el imperio Romano fué dividido por Constantino y Galieno en dos partes; la oriental y occidental, dividiéndose las provincias entre los dos. VINN. No fué Galieno sino Galerio quien hizo esta division, la que tampoco fué en dos partes, sino en tres de las que Galerio se apropió el oriente, Constantino las provincias transalpinas, y Magencio la Italia. *Eutrop. lib.* 10. c. 1. HEIN.

Promulgatis). Por leyes promulgadas entiende las suyas propias y por las compuestas, las agenas; es decir, las recogidas del derecho antiguo y arregladas de nuevo.

TEXTO.

De compositione Codicis et Pandectarum.

2. Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas, in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris pru-

dentiæ volumina, et opus desperatum, quasi per medium profundem euntes, cœlesti favore jam adim plevimus.

TRADUCCION.

De la composicion del código y de las Pandectas.

Despues de haber sacado de la confusion en que estaban, y puesto en órden las constituciones imperiales hemos reducido en un solo volúmen inmenso número de ellas, y fluctuando por decirlo asi, en un vasto océano se ha acabado con el socorro Divino una obra intentada inutilmente por muchos. (a)

COMENTARIO.

2. *In luculentam ereximus consonantiam*). Habla del Código primero que mandó componer en el año 528 de su Imperio dándose á luz en el siguiente, en el que reunió las Constituciones de los Principes, que estaban esparcidas por los tres Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Theodosiano, *const. de nov. Cod. fac. et de Just. Cod. confirm.* Este Código hoy en dia no existe; posteriormente fué corregido y revisado en muchos lugares, habiéndosele añadido cincuenta decisiones; y asi lo tenemos hoy dia. Vinn. Aquel primer Código fué promulgado en 14 de Abril del año 529 y se llamó Justinianeo *Nov.* 66. *c.* I. §. I, *Paul. Diac. lib.* I. *c.* 25. Pero el segundo de que nos valemos hoy dia se llama Código *repetitæ prolectionis* (b) *Const. de codic. emend.* § 3. habiendo sido publicado en 28 de Noviembre del año 534 Hein.

Ad inmensa veterum volumina). En el cuarto año de su imperio, esto es, el 530 siendo Cónsules Lompadio y Orestes; mandó componer las Pandectas dándose á luz y confirmándose en el año sexto de su Imperio, siendo el mismo Justiniano Cónsul por tercera vez, y habiéndose compuesto en dicho año las Instituciones que se promulgaron con un mes de anterioridad á las Pandectas; de modo que estas, en cuanto á su composicion son anteriores á las Instituciones; pero posteriores á ellas en cuanto á su confirmacion. En el año siguiente de 534, siendo cónsules el mismo Justinano, por cuarta vez, y Paulino, se promulgó el Código *repetitæ prælectionis;* asi se deduce, de las Constituciones pertenecientes á la composicion del derecho: el libro de las novelas no tiene fecha. (c)

Inmensa volumina). Los innumerables escritos de los antiguos que estaban contenidos en dos mil volúmenes y algunos centenares de millares de versos l. omnem. §. I. de concep dig.

Per medium profundum). Por en medio de muchas dificultades. Liv. 34. c. I. *Provideo animo in vastiorem me altitudinem ac velut profundum invehi.* (d)

(a) En España se ha procurado en varias épocas reformar nuestra legislacion, pero á pesar de todos los esfuerzos y buenos deseos de algunos de nuestros monarcas lejos de haber salido aun del caos legal, en que nos hallamos sumergidos, ha ido aumentándose de dia en dia; de modo que actualmente puede decirse de nuestra jurisprudencia, que es una confusion completa, sin que en medio de tantas disposiciones aclaratorias, ó derogatorias unas de otras pueda en muchas ocasiones el estudioso encontrar con una decision terminante y satisfactoria. Y si esto es verdad, como es bien patente, con respecto al derecho general de España, ¿cuánto mas no lo será si descendemos á los diversos fueros y costumbres que están vigentes en cada una de sus provincias? Concretémonos por un momento á nuestro antiguo Principado. ¿Quién no se llena ya de desaliento al contemplar los voluminosos códigos de los que se han de entresacar las diversas leyes que nos rigen? Si los antiguos se quejaban con razon del sin número de comentaristas que en lugar de ilustrar oscurecian el derecho, con cuánta mayor razon no podremos quejarnos nosotros de los innumerables y contradictorios códigos que entre nosotros están vigentes? Constituciones y Usages de Cataluña, costumbres locales de cada pueblo, derecho canónico, derecho romano, Novísima Recopilacion en las leyes posteriores al decreto de nueva planta y todas las leyes y decretos dictados desde 1805 hasta el dia: he aqui nuestra legislacion. Así es que en medio de tanta confusion y de tanta barahunda se fluctua en una triste incertidumbre, y asi como antiguamente segun el ilustre Hein., toda causa buena ó mala, justa ó injusta, encontraba defensores en el foro; hoy en dia tambien, un litigante de mala fé encontrará sobrados recursos en ese embrollo legal para colocar con especiosas razones sus pretensiones injustas. Afortunadamente tal estado de cosas no puede durar mucho tiempo; y nos lisonjeamos que dentro de un breve plazo, unos códigos uniformes y que estén al nivel de los conocimientos de nuestra época harán cesar los fundados clamores de todos los españoles amantes de su patria.

(b) Tambien podemos decir que tenemos nosotros un Código repetitæ prælectionis; pues tal puede llamarse la Novisima Recopilacion con respecto á la Nueva; aunque es preciso confesar que aquella es un código defectuosisimo, incompleto, lleno de leyes desusadas y atestado de anacronismos (V. el juicio crítico de Marina, acerca de la Nov. Rec.)

(c) En España pueden considerarse como novelas todas las leyes promulgadas con posterioridad á la Nov. Rec. cuyo conjunto forma algunos volúmenes.

(d) No haciendo mencion Vinnio del modo de citar las leyes Romanas me parece no será del todo fuera del caso ponerlo aqui. Las Pandectas y el Código se citan por leyes; poniendo primero el número de la ley; enseguida dos ff, ó una (π) ó bien una D, si esta pertenece á las Pandectas; ó una C, si es del Código; y por último el título; asi por ejemplo, L. 10, D. de pignoribus. L. I. C. de dolo malo. Las Instituciones se citan por párrafos; pónese primero el número de este, luego una I y en seguida el título. Así: §. 5. Inst. de test. ord. Para las Novelas solo se pone el número.

TEXTO.

De tempore, auctoritatibusi fine et utilitate compositionis institutionum.

3. Cumque hoc, Deo propitio, peractum est, Triboniano, Viro magnifico, Magistro, et Exquæstore sacri palatii nostri, et Exconsule; nec non Theophilo et Dorotheo. Viris illustribus et antecessoribus, (quorum omnium solertiam et legum scientiam, et circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus), convocatis, mandavimus specialiter ut ipsi nostra auctoritate, nostrisque suasionibus Institutiones componerent; ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere: et tam aures quam animi vestri nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtineat argumentis, accipiant. Et quod priori tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones Imperatorias legerant, hoc vos á primordio ingrediamini. digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis á voce Principali procedat.

TRADUCCION.

Del tiempo, autoridad, fin y utilidad de la composicion de las Instituciones.

En seguida de este feliz écsito, del que somos deudores al Todo-Poderoso, hemos encomendado á Triboniano varon eminente por su sabiduria, Mayordomo, Excuestor de nuestro sacro palacio y Exconsul. y á Theophilo y á Dorotheo personas ilustres, y hombres consumados en la ciencia del derecho (cuya capacidad y profunda erudicion en la Jurisprudencia. y exactitud y fidelidad en ejecutar nuestras órdenes, hemos espertmentado muchas veces); que compusieran. especialmente, bajo nuestra autoridad y conforme á nuestro pensamiento, estas Instituciones á fin de que, sin necesidad de antiguos libros llenos de máximas desusadas, podais recibir de la Magestad Imperial los primeros elementos de la legislacion. aprendais solo cosas útiles y únicamente lo que se practica actualmente; para que con brevedad os entereis de las constituciones de los Emperadores, que apenas se sabian antes. despues de cuatro años de estudio, pudiéndoos tener por felices en gozar de esta ventaja, y en tener el honor de obtener de vuestro mismo Emperador el principio y fin de toda Jusisprudencia.

COMENTARIO.

3. ***Magistro***). Esto es maestro de los oficios; lo mismo que mayordomo, á cargo del cual estaba el cuidado de casi toda la corte y del palacio. Entre los franceses *Prevost de l'Hôtel. Cujac. in l.* 3. *C. de præpos. Sacr. cubic. lib.* 12. Vinn. No solo presidia á la corte sí que tambien en el consistorio del Príncipe, diciéndose por esto que gobernaba los oficios de palacio *L.* 2. *C. Theod. de Judœis*. De ahí es, que siempre acompañaba al Príncipe dirigiéndose á él los libelos de los Magistrados. V. *Gothofr. Notit. dignitat. ad C. Theod. p.* 326. *Tomo* 6 Hein.

Ex Quæstore). En el siglo de Justiniano, Cuestor era lo que entre nosotros se llama Canciller, esto es aquel que estaba encargado de las leyes y del derecho como se ve á cada paso en el Código; en la Nove. de Valentiniano *de homic. cas. fac.* y en algunos lugares de Casiodoro se llama guarda de las leyes y de la fama pública. Justiniano llama excuestores y excónsules á aquellos, que los Latinos apellidaban Cuestorios y Consulares. Vinn. V. de todos modos á *Cassiod. Var.* l. 12. *v.* 14. Hein.

Antecessoribus). Eran los intérpretes del derecho y los Doctores ἐξηγηταῖς como á cada paso se lee en el prefacio de las Pandec. τῶν νομῶν διδασκάλοις (a) *l.* 6. *c.* 12. *D. excusat. tut.* Los que seguian el foro se decian Togados; los de las Escuelas, Antecesores y Profesores.

Prima legum cunabula). Los primeros fundamentos ó elementos del derecho, y en la ley *un. C. de nud. jur. Quirid. tollend.* se dice la primera leccion de las leyes.

Antiquis fabulis). Quiere decir, el derecho antiguo que estaba en desuso y del que hablaban los libros de los antiguos Jurisconsultos.

Rerum obtineat argumentis). Aquí viene bien aquello de Aristipo en Laercio, que habiéndole alguno preguntado, lo que debia con preferencia enseñarse á los jóvenes, respondió: *aquello que ha de servir para el uso de los hombres*.

Post quadriennium). Teophilo dice μετὰ τριετῆ χρόνον esto es, despues de tres años; pero ó cometió él un error ó los Códigos están corrompidos, segun aparece del Prefacio dirigido *ad Antecess. Fabrot in not. ad Theoph.*

Digni tanto honore, tantaque reperti felicitate). Es decir, dignos de tanto honor y de tanta felicidad. Theoph. τοσαύτης ἀξιωθέντες τιμῆς καὶ τοσαύτης ἀπολαύσαντες εὐτυχίας, esto es, *dignati et assecuti*, dignos de haber conseguido.

Entre nosotros asi en Cataluña como en lo general del Reino, acostúmbrase á citar poniendo el número de la ley del títul, y libro, y en seguida el nombre del Código á que se hace referencia, solo que en nuestro derecho municipal añadimos el volúmen; asi decimos Const. 1 tit. 1. lib. 1. vol. 2. Constituciones de Cataluña Para los reales decretos, y leyes posteriores á la Novisima Rec. se espresa la fecha en que se espidieron y el capítulo.

(a) Esto es, maestros ó preceptores de las leyes

TEXTO.

Divisio Institutionum.

4. Igitur post libros quinquaginta Digestorum,

seu Pandectarum, in quibus omne Jus antiquum collectum est, quod per eundem virum excelsum Tribonianum, nec non cæteros viros illustres et facundissimos confecimus; in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.

TRADUCCION.

Division de las instituciones.

Así es que hemos mandado dividir en cuatro libros las Instituciones, para que sirvan de elementos y primeros principios de toda la Jurisprudencia, inmediatamente despues que los dichos tres Jurisconsultos, distinguidos por su sabiduría y elocuencia, han acabado de reunir todo el antiguo derecho en los cincuenta libros del Digesto.

COMENTARIO.

4. *Pandectarum*). Pandectas llamadas así παρὰ τὸ πᾶν δέχεσθαι, esto es porque comprenden las leyes de todo género. Harmenop. *l.* 1. *tit.* 1. §. 6. Vinn. Justiniano da la misma esplicacion de esta palabra diciendo llamarse así, porque contienen todas las disputas y decisiones legales, y porque recibieron en su seno lo que fué recogido de muchas partes. *l.* 1. §. 12. *Cod. de vet. Jur. enucl.* Pero no fué Justiniano el autor de este título, pues ya Ulpiano, Modestino y tambien Sabino, Juliano, Alfeno Varo, Celso, Marcelo y otros escribieron sus Digestos. Hein.

Collectum est). En los libros antiguos segun Hotomano se dice, *collatum est.* Y asi tambien Theoph.

Cæteros). Además de Triboniano, Theophilo y Dorotheo, Justiniano se valió de otros trece Jurisconsultos, que se enumeran, y nombran en el Prefacio del Digesto.

In cuatuor libros). En Theophilo sobran las palabras, τῶν εἰρημένων Διγέστων Fabrot.

TEXTO.

Quid in Institutionibus continentur.

5. In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.

TRADUCCION.

Que es lo que se contiene en las Instituciones.

En ellas hemos referido sucintamente el derecho antiguo, y aquellas leyes que despues de desusadas se han vuelto á establecer por medio de nuestra autoridad.

COMENTARIO.

5. *Desuetudine*). En Teofilo se lee ἀσυνηθείᾳ como si dijere, *insuetudine.* Habla del derecho antiguo y anticuado del cual se encuentran muchas cosas en los títulos de las usucapiones, desheredacion, legados, sucesiones ab intestado, posesiones de bienes, fianzas etc.

Illuminatum est). Teophilo, ἐφωτίσθη que quiere decir lo mismo. Entiende hablar del restablecimiento de ciertas cosas, que estaban en desuso con la modificacion y abolicion de otras.

TEXTO.

Ex quibus Libris compositæ sunt Institutiones, atque earum recognitio, et confirmatio.

6. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, et præcipue ex Commentariis Caji nostri, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis Commentariis compositas, eum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerint, et legimus, et recognovimus, et plenissimum nostrarum Constitutionum robur eis accommodavimus.

TRADUCCION.

De que libros se componen las Instituciones y su revision y confirmacion.

Hemos leido estos primeros elementos de la Jurisprudencia sacados de todas las Instituciones de los antiguos Jurisconsultos, y principalmente de nuestro Cayo, de sus memorias, compilaciones y comentarios presentados por aquellos tres esclarecidos varones, y los aprobamos, y damos la misma autoridad que á nuestras Constituciones.

COMENTARIO.

6. *Præcipuè ex Commentariis Caji*). Cualquiera podrá conocer, que esto es así; pues aunque no solo de los comentarios, sí que tambien de los demás escritos de Cayo, que nos quedan en las Pandectas, está sacada esta obra: con todo, con mayor frecuencia se citan las instituciones de este autor que no cualquiera otro de sus escritos.

Nostri). Llámale así en señal de benevolencia, y así tambien lo hacemos nosotros con muchos de nuestros predecesores, que ejercieron nuestra profesion. Paulo y Triphonino dicen muchas veces *nuestro Scevola,* y Pomponio *nuestro* Cayo *l. pen. D. de stip. Serv.* Este Cayo vivió en tiempo de Adriano y Marco *l.* 7. *D. de reb. dupl. l. pen. D. ad SC. Tertill.*

Recognovimus). Esto es, leimos con sumo

cuidado y atencion, con el objeto de corregirlas. Cic. *pro Balb. cap.* 5. *Nos Cn. Pompeji judicium de consilii sententia pronuntiatum recognoscemus.*

Constitutionum robur eis accommodavimus). Con estas palabras se manifiesta la confirmacion de las Instituciones: de ahí, este Prefacio en Teophilo διαταξις βεβαιοῦσα τὰ ἰνστιτοῦτα. esto es, edicto que sanciona las instituciones. (a)

TEXTO.

Adhortatio ad studium juris.

7. Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite; et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opére perfecto, posse etiam nostram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari; D. C. P. XI. Kalendas Decemb. D. Justiniano PP. A. III. COS.

Exhortacion al estudio del Derecho.

Recibid, pues, estas leyes con entusiasmo, y estudiadlas tan bien, que despues de haber concluido este estudio podais ser dignos de que se os confien los primeros cargos del Imperio. Dado en Constantinopla á 30 de Noviembre siendo Justiniano perpetuamente Augusto, Cónsul por tercera vez.

COMENTARIO.

7. *Summa ope et alacri studio*). Es esto una especie de epílogo exhortatorio tal como el que se emplea en los discursos dirigidos á persuadir por medio de la esperanza y anhelo de los premios; así Ciceron 1. *de orat.* c. 8. «*Pergite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium, in quo estis, incumbite, ut vobis honori, et amicis utilitati, et Reipub. emolumento esse possitis.*»

D. CP. XI. Kal. Decemb.) Dado en Constantinopla á 30 de Noviembre siendo Justiniano, perpetuamente Augusto, Cónsul por tercera vez. En algunos libros PP. se traduce Padre de la Patria, lo que no está conforme con la costumbre de aquel tiempo. Hottom. Vinn. Aun cuando de esta fecha aparezca que las Instituciones se confirmaron antes que las Pandectas, sin embargo la autoridad de ambos libros empieza desde el mismo dia, á saber, desde el 15 de Diciembre. *l.* 2. §. *penul. C. de Vet. Jur. enucl.* Asi que no siempre las Pandectas derogan las Instituciones, sino que acerca del particular se han de observar las reglas de B. Huber. in præl. ad h. l. §. 10. Hein.

TITULO PRIMERO.

De la justicia y del derecho.

CONCUERDA CON EL LIB. I. TIT. I. DEL DIG. (b)

1. *Division y órden de toda la obra.*
2. *Esplicacion de la division que comunmente se hace de la Justicia.*
3. *La Justicia universal pertenece tambien al órden civil.*
4. *Si es necesaria la division de la Justicia en universa. particular.*
5. *Diversas acepciones de la palabra Derecho, y en que sentido se toma aquí.*
6. *Resúmen de lo que se trata en este título.*

(a) Tampoco especifica Vinnio el órden de los diversos Códigos de que se compone el derecho Romano; las Novelas como posteriores, son las que deben seguirse con preferencia á todas las demas leyes; luego viene el Código *repetitæ prælectionis;* y en seguida las Pandectas ó Instituciones, cuyas dos colecciones tienen igual fuerza sin que se deroguen mutuamente, debiendo en caso de discrepancia atenernos á las Pandectas, á no ser que se vea que en las Instituciones trató Justiniano de establecer un nuevo derecho; pues que en semejante caso prevalecerán estas. Las auténticas que se encuentran en el Código, únicamente tienen fuerza en cuanto no discrepan de las Novelas de donde están tomadas.

En Castilla las disposiciones posteriores á la Nov. Rec. son las que deben observarse en primer lugar, viniendo despues las de la Novísima Recopilacion; luego las de la Nueva, y en falta de esta los fueros y usos particulares, sirviendo de derecho supletorio las Partidas.

En nuestro Principado es derecho segun Dou, tom. 1. pág. 76. 1° Todo lo dispuesto por el poder legislativo con posterioridad al decreto de Nueva Planta. 2° El decreto este que dió Felipe V para Cataluña en 1716. 3° Las Constituciones del Principado con sus usos y costumbres. 4° El derecho canónico. 5° El derecho civil comun ó Romano. 6° Las doctrinas de Autores. La Novísima Recopilacion apesar de que fué promulgada en 1805, no tiene entera fuerza entre nosotros sino respecto á las disposiciones en ella contenidas, que fueron dictadas despues del decreto de Felipe V; aunque á decir verdad segun ya hemos advertido mas arriba (en la nota al párrafo 2°) no se sigue en esto una regla fija teniéndose en unas ocasiones el derecho de Castilla por supletorio en lugar del canónico y romano; y haciéndose en otras, caso omiso de él, segun los intereses de los litigantes lo exigen.

(b) Tit. 1. Part. 3.ª

1. En todo derecho se encuentran dos cosas, á saber; el derecho mismo ó la ley que manda y constituye, y la cosa que por aquel derecho es mandada y constituida; y de ahí el que todo el tratado del derecho se contenga en dos partes, de las cuales la una trata del derecho constituyente, ó sea de las leyes, ya naturales, ya civiles; y la otra del derecho constituido, ó sea de aquello que las mismas leyes han sancionado y dispuesto. Y como la primera cuestion es naturalmente acerca del derecho constituyente, asi es, que los antiguos trataron de este en primer lugar, lo que no solo puede verse en estos libros de las Instituciones si que tambien en las Pandectas; pues esta cuestion se propone y resuelve en cuatro títulos en el principio de las mismas, tratándose en lo restante de la obra del derecho constituido. Otro tanto se observa en nuestras Instituciones cuyos dos primeros títulos contienen la primera cuestion; tratándose la otra en lo restante de la obra y con mucha mas difusion, resolviéndose ἰδῶ διαιρετικῇ esto es, por medio de la division de la materia ú objeto de esta ciencia; division que en esta cuestion es la primera y mas general de todas.

2. Tiene este título por epígrafe, de la Justicia y del Derecho. Segun Aristóteles y muchos profesores de Filosofía moral, la Justicia es de dos especies, universal y particular: de la universal puede decirse aquello tan sabido del Poeta gnómologo......

Ἐν δὲ δικαιοσύνῃ ἡ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετή ἐστί (a)

Esta justicia comprende todos los deberes de las otras virtudes bajo cierto respeto; á saber, en cuanto son necesarios, y conducen á la perfeccion y conservacion de la sociedad civil, para que nada se admita contra la razon ni la honestidad, que ó pública ó privadamente no convenga admitirse. Esta misma justicia es la que se llama legal, á causa de que tiene la misma estension que las leyes, las que son tambien la regla y norma de esta justicia, por lo que Ciceron *l.* 1. *de legib. c.* 15. la define diciendo ser la obediencia á las leyes escritas é institutos de los pueblos; y Aristóteles en el *lib.* 5. *Eth.* 1. dice que es la obediencia á todas las leyes. En resúmen, esta justicia no difiere en su esencia de la virtud sino, en que cuando se considera como un hábito del ánimo se llama simplemente virtud, al paso que cuando se toma como la conservadora de la sociedad civil se la apellida justicia, segun Miguel Ephesio en dicho pasage de Aristóteles. El vicio que se opone á esta justicia legal se llama παρανομία esto es, ilegalidad. De la justicia particular hay tambien dos especies de las cuales Aristóteles llama á la una διανεμητικὴ esto es distributiva, y á la otra συναλλακτικὴ esto es, conmutativa. La distributiva mira ἀξίαν esto es, al mérito de cada uno, y lo que le corresponde, sean premios, sean penas, honores ó cargos. La conmutativa mira á la cantidad, y por otro nombre se llama por el Filósofo διορθωτικὴ; pues el que uno que posee una cosa mia esté tenido á devolvérmela, no es συναλλάγματος esto es, por contrato; y sin embargo tambien pertenece á esta justicia. Tampoco es siempre cierto lo que muchos dicen que la justicia conmutativa mira á la simple proporcion, esto es, á la llamada aritmética, al paso que la distributiva tiene en cuenta á la comparada ó sea geométrica, (en realidad la única proporcion verdadera para los matemáticos); pues la justicia conmutativa y la distributiva no se diferencian entre sí por el uso de dichas proporciones, sino por el objeto y materia acerca de que versan. En el contrato de sociedad se atiende á la proporcion geométrica; y con todo, si tan solo se encuentra uno que sea capaz para desempeñar el cargo comun, se atenderá entonces á la aritmética; por el contrario si alguno quiere legar su cosa, á veces acostumbra á emplear la justicia distributiva, teniendo en consideracion los méritos de cada cual l. 9. ff. pro. soc. En la represion de los delitos y aplicacion de las penas, á pesar de ser pertenecientes á la justicia distributiva *Grot.* 1. *de jure bell. et. pac. c.* 1. *num.* 8., se observa la proporcion aritmética, y tambien la geométrica. El vicio que se opone á la justicia particular se llama πλεονεξία cuya palabra espresan los Latinos por su correspondiente, *injuria.*

3. La ley civil no dirige las acciones internas del ánimo, y principalmente versa acerca de la justicia particular acostumbrando á los ánimos á la obediencia del derecho, cuya ejecucion promueven los juicios. Con todo, no puede negarse que en algunas ocasiones mira á la justicia universal, que abraza los deberes de todas las virtudes, pues nos enseña á vivir honestamente conforme á las leyes; y los preceptos del derecho contienen toda especie de virtudes y honestidad, en cuanto tienen relacion á que se viva conforme á la ley, y á que la sociedad entre los ciudadanos sea honesta, que es lo que aquí buscamos. Y ciertamente, si las leyes y los legisladores se proponen por objeto la virtud universal en lo que no hay duda, (pues la felicidad civil es el resultado y fin de lo

(a) Toda virtud está comprendida en la Justicia.

das las leyes segun Platon 5. *de legib.*) la misma será tambien objeto de la ciencia de las leyes y de los jurisconsultos; pues no á menos se estiende el deber de estos al interpretar las leyes, que el del legislador al sancionarlas; y se equivocan completamente aquellos, que creen que la profesion de aquel está circunscrita á los límites de las causas forenses. Así que aquello de: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito: rogum ascia ne polito; mulieres genas ne radunto, neve lectum funeris ergo habento*, y otras disposiciones de las leyes de las doce tablas de ningun modo pueden referirse á la justicia particular. Y si la autoridad del príncipe ha de valer algo en esta cuestion, el mismo Justiniano en el principio de la *Nove.* 69. nos dice elocuentemente que aquella justicia que acompaña á cada virtud en particular y la conduce á su debido fin, es tambien el objeto de la ciencia de las leyes.

4. No puedo pasar por alto el decir algunas palabras acerca de aquellos, que niegan ser necesaria la division, que vulgarmente se hace de la Justicia, y defienden ser mucho mas sencillo que se establezca existir tan solo una especie de Justicia; pues si esto fuese verdadero, seria inútil la cuestion anterior. Así raciocinan los que piensan de dicha suerte: así como solamente hay un género de cada virtud en particular, otro tanto debemos decir de la Justicia; y por el contrario no hay dos géneros de injusticia sino uno solo: llámese το ἄνισον (a) ó παράνομον, (b) pues entrambos comprenden toda especie de injusticia, segun nos enseña el mismo Aristóteles, confesándonos que παρανομία (c) y πλεονεξία (d) no son dos géneros opuestos, sino que esta es una especie de aquella. Agrégase á esto no ser verdadero *simpliciter*, el que las demás especies de injusticia no solo se oponen á la Justicia en general, si que tambien á otra virtud; la injusticia empero, á solo la Justicia, de cuyo argumento se sirve principalmente Aristóteles para probar su distincion. Puede, ciertamente, en una sola accion concurrir la injusticia en union con otro vicio; de lo contrario ninguna accion injusta, en cuanto á tal, pugnaria con otra virtud sino tan solo con la justicia; lo mismo que por el contrario los otros vicios no estarian en contradiccion con esta, sino con las virtudes que les fuesen opuestas. Por ejemplo, el adúltero es injusto pues viola el tálamo ageno, y además es intemperante pues sacía el apetito; ahora bien: la violacion del ageno tálamo en cuanto es una injusticia no pugna con la temperancia, (qué se diria, sino, de uno que lo hiciese por interés?) ni el saciar la lascivia repugnan á la justicia, mas que si alguno para satisfacer su liviandad hubiese recurrido á una prostituta. Segun este ejemplo es manifiesto que tambien á cualquiera otra virtud podrá oponerse la injusticia, pues el adúltero es al mismo tiempo injusto é intemperante. Muchas cosas podrian citarse que siendo ἄνομα (e) y no yendo comprendidas en la especie de la injusticia, no se hallan en contradiccion con ninguna otra virtud, que con la Justicia; pues si uno manumite en testamento seis siervos no teniendo mas que diez, ó si un menor de veinte años manumite sin conocimiento de causa y sin que se haga públicamente en el consejo, con todo y apesar de que entrambos habrán obrado, aquel contra la ley Fusia Caninia, y este contra la Elia Sencia; sin embargo de ninguno de los dos se podrá decir haber sido injusto, y haber obrado contra la templanza. Si un marido hace una donacion á su muger, si enagena ú obliga el fondo dotal con consentimiento de esta, si la muger sale por fiadora de alguno, si se da en mutuo dinero á un hijo de familia, si el hermano toma por esposa á su hermana adoptiva; todas estas acciones y otras semejantes son injustas, esto es reprobadas por las leyes y por los Senado-consultos; no obstante, los que las hacen no pueden con razon llamarse injustos ni intemperantes. Por lo demás nada resuelvo definitivamente.

5. La palabra derecho es πολυσημον esto es, tiene muchas acepciones, una propia y menos propias muchas. Derecho se llama, propiamente hablando, el mandato de la naturaleza ó del pueblo ó de aquel que ejerce las veces del pueblo. Prueba esto la etimología de la misma palabra, la que se deriva *á jubendo*, ó se deduce tambien de que los antiguos segun Festo en lugar de *jura* decian *jussa:* y en este sentido se toma á cada paso; por ejemplo cuando decimos hacerse una cosa con derecho; que la razon del derecho no lo permite; ser contra el derecho: así tambien se dice derecho natural, civil, pretorio. Las otras acepciones son menos propias: en primer lugar la palabra derecho se toma por lo que está contenido en este, y se da á cada uno: y en este sentido se toma, ó en general é indefinidamente, como en las siguientes fórmulas ó en otras semejantes: dar á cada uno su derecho, no conviene qui-

(a) Desigualdad.
(b) Infraccion de ley.
(c) Ilegalidad, infraccion de ley.
(d) Injusticia.
(e) Ilegales, contra ley.

tar su derecho á los mortales, y del mismo modo sin duda debemos tomarla cuando decimos los derechos de sangre y de agnacion, los derechos naturales y de adopcion, como que dijéramos los beneficios de la sangre, de la agnacion y de la adopcion; ó especialmente por la facultad y poder concedido por el derecho; lo que sucede siempre que esta palabra se junta á cosa de hacer, como en las definiciones del camino, actus, via, del usufruto y de la accion, en todas las cuales se comete una metonimia, tomando el continente por el contenido. Derecho se toma tambien, como á ciencia ó arte insiguiendo esta misma figura, tomando empero entonces el contenido por el continente como en la ley primera *ff pr. hoc. tit.* Tómase tambien por el lugar en el que se administra la Justicia como cuando decimos *in jus vocare, in jure, confessos pro judicatis haberi*; cometiéndose entonces el mismo tropo *l. pen ffeod.* Mas si se pregunta ahora en que significacion ó sentido debemos tomar aqui la palabra derecho, en el propio ó en el figurado, siempre responderemos que en el propio; pues asi lo prueba el mismo asunto de que se trata en este y en el siguiente título; y lo prueban tambien las definiciones y divisiones que en dicho título y en los de las Pandectas se encuentran, de modo que apenas se hallará quien seriamente dispute que la palabra derecho haya de tomarse aquí como á ciencia ó arte.

6. El resúmen de lo que se trata en este título es el siguiente: primero se da la definicion de la Justicia y de la Jurisprudencia, y se establece como esta doctrina ha de enseñarse á los principiantes. Dase en seguida principio al derecho constituyente, manifestándose los preceptos del derecho y haciéndose la division del civil y la subdivision del privado. Pasemos ya á ver cada cosa de por sí.

TEXTO.

Definitio justitiæ.

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

TRADUCCION.

Definicion de la justicia.

La justicia es una constante y perpétua voluntad de dar á cada uno su derecho.

NOTAS.

Ulpiano es el autor de esta definicion. *l.* 10. *D. hoc. tit.*

Voluntas). Tómase aqui la voluntad por el hábito cometiéndose una metominia.

Jus suum cuique). El objeto de la justicia es el derecho de cada uno; su fin el que este se obtenga; esto es, que á cada cual se le dé lo que es debido; á los delitos les corresponde la pena. *Atanas. in. syn.* 8. *fer*, αποδίδοναι ἑκάςῳ τό ἴδιον, esto es dar á cada uno lo suyo. *Platon* 1. *de Rep.* espresa este fin con estas palabras τά ὀφειλόμενα ἑκάςῳ ἀποδίδοναι, satisfacer sus deudas á cada uno.

Tribuendi). En otras partes *tribuens*, Theophilo dice νέμουσα, que quiere decir lo mismo. Cic. 5. *de fin. c.* 23. *Affectio animi suum cuique tribuens, quæ justitia dicitur*: y asi tambien en otras partes, *lib.* 1. *de offic. c.* 4. y 2. *ad Heren. c.* 52. *sig.*

COMENTARIO.

Voluntas). La voluntad es una potencia natural; la justicia empero, es una virtud y un hábito del entendimiento, y por lo tanto una cualidad adventicia. De ahí dirán quizá algunos que el género es falso. Si respondemos á esto que el género es metonymico, y que el efecto está puesto por la causa, esto es, la voluntad por el hábito que la produce, parecerá que contra toda filosofía y contra toda razon hacemos á una cualidad adquirida la causa de una cualidad y potencia natural. Empero ha de observarse que la voluntad no se pone aqui como á género *simpliciter*, sino añadiéndosele la circunstancia de constante y perpétua. La facultad de querer procede de la naturaleza, pero la constancia de la voluntad del hábito: la potencia natural, en cuanto promueve esta, se puede considerar como á causa, y lo es efectivamente; pero en cuanto se pule y perfecciona por el hábito, debe reputarse como á efecto.

Constans et perpetua). Estas palabras manifiestan que el hábito de la justicia se encuentra en la perpetuidad y constancia en el obrar, esto es segun dice Aristóteles βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως ἔχων es decir fija é invariablemente obrando 2. *Eth.* 4. Empero para que alguno no piense que definimos malamente la justicia al decir que es un hábito del que el hombre no es capaz, adviértase que las cosas no suelen definirse segun la condicion del sugeto, sino conforme á su esencia: de esta suerse se definen Aristóteles la felicidad, Platon la república, Xenofonte al príncipe, y Ciceron y Quintiliano al orador. Así tambien definimos aqui la justicia; no de la manera que se halla en este ó en aquel individuo, sino del modo que debe encontrarse en uno que la

profese: en abstracto, y no en concreto: Vinn. Esta definicion trae su orígen de los Stoycos, pues toda virtud y por lo tanto la justicia, segun estos, consistia en una voluntad constante y perpétua. Cic. *Parad.* 3. 1. *Sen. Epist.* 66. y 121. Hein.

Jus suum cuique tribuendi). ἑκάςῳ τό ἴδιον ἀπονέμουσα δίκαιον. Esto es, la que dá á cada uno su derecho. Obsérvase en esta difinicion lo que nos enseñan los dialécticos, qué el hábito se define tomando el objeto y fin del género. El objeto de la justicia es el derecho propio de cada uno; su fin el que cada cual lo consiga; esto es que se le dé aquello que le es debido: á los delitos les corresponde la pena y este fin Platon lo espresa sencillamente en estas palabras τά οφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδίδοναι, es decir dar á cada uno lo suyo 1. *de repubḷ.* El autor de la definicion propuesta es Ulpiano 1. *Justitia* 10. *ff. hóc. eod. tit.* La que ahora vamos á dar es mas completa y mas clara. La justicia es un hábito del entendimiento que nos mueve á querer dar, en cuanto nos es posible, su derecho á cada uno (a).

TEXTO.

Definitio jurisprudentiæ.

1. Jurisprudentiæ est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.

TRADUCCION.

Definicion de la jurisprudencia.

La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo é injusto.

NOTAS.

Jurisprudentia). Llámase tambien ciencia y arte del derecho, inteligencia y sabiduría civil: todos estos nombres suelen promiscuamente emplear aquellos que hablan segun el uso comun.

Divinarum atque humanarum rerum). He aquí el sujeto; mas el modo de considerarle es en cuanto se busca el derecho de las mismas cosas, cuyo modo le manifiestan las siguientes palabras, justo é injusto. *M. Vv.*

Scientia). La jurisprudencia es un hábito del entendimiento; la justicia como á virtud moral es un hábito de la voluntad: tambien esta definicion es de Ulpiano *d. l.* 10. §. 2. *D. hoc. tit.*

COMENTARIO.

Jurisprudentia). Cuya doctrina se llama, ya ciencia, ya arte del derecho, ya inteligencia, ya sabiduría civil; mas aquí se apellida prudencia: todos estos nombres, empero, emplean indistintamente, no solo los jurisconsultos, sí que tambien todos aquellos autores, que hablan vulgarmente. Siendo con todo esta doctrina un hábito práctico, (y no hay duda en que es una parte de la filosofía práctica), si queremos hablar estrictamente, y acomodar cada uno de aquellos nombres á ciertas especies de hábito intelectual segun Aristóteles 9 *Eth.* 3., veremos que propiamente solo le conviene el nombre de prudencia.

Divinarum atque humanarum rerum notitia). Esta definicion da Ulpiano *l. Justitia.* 10. §. 2. *hoc. tit.* El género es el conocimiento ó ciencia, pues estas dos palabras significan lo mismo. La diferencia se deriva del sugeto y del modo de considerarlo; de donde el fin se entiende desde luego; el sujeto de la jurisprudencia, son las cosas divinas y humanas, el modo de considerarle aquel que empleamos en buscar la justicia ó injusticia de las mismas; á saber, la manera de averiguar en, ó á que cosas, y que derecho en ellas tengamos. A este fin las cosas se dividen, en unas que son de derecho divino, y otras que son de derecho humano; unas que están en el comercio, y otras que se hallan fuera de él. Las humanas se subdividen en públicas y privadas; tratándose acerca de estas últimas, del modo de adquirirlas, conservarlas, enagenarlas y otras semejantes á estas que pertenecen al jurisconsulto. Este modo de considerarlas lo manifiestan estas palabras de la definicion, *la ciencia de lo justo y de lo injusto:* pues las cosas divinas y humanas solo son objeto de esta ciencia en cuanto se trata del derecho de las mismas, y se enseña lo que sea justo ó injusto. Y por si á alguno le pareciere demasiado sutil esta esplicacion daremos otra de mas vulgar. Es cierto que las leyes civiles no solo tratan del conocimiento del derecho privado, si que tambien del público; empero de este forma una parte integrante el derecho divino *l.* 1. §. 2. *hoc. tit.;* y así no hay duda que podremos llamar á la jurisprudencia, el conocimiento de las cosas divinas y humanas, esto es del derecho divino y humano, ó por mejor decir la ciencia de lo justo é injusto; esto es, de lo permitido y prohibido por las leyes (a). Segun la his-

(a) La l. 1. tit. 1. Part. 3.ª define la justicia: «Rayzada virtud que dura siempre en las voluntades de «los omes justos; é da é comparte á cada uno su de«recho egualmente». Enteramente conforme es en cuanto á su sentido con la definicion de Justiniano, y como esta, tambien únicamente aplicable á la justicia moral.

(a) L. 2 y 4. tit. 2. D.

toria no hay duda en qué los intérpretes del derecho antiguo intervinieron en las ceremonias sagradas de los Dioses, y por Celso se esplica concisa y elegantemente esta doctrina. *Ars æqui et boni d. l.* 1. *in pr.* Toda la profesion, toda la prudencia del jurisconsulto ciertamente consiste en examinar lo que en cada cosa haya de justo ó injusto, y distinguirlo de modo que pueda responder acerca de ello á todos los que le pidieren consejo (a). VINN. Esta definicion es tambien estoica, pues los secuaces de esta secta acostumbraban á definir así la filosofía, segun Séneca *epis.* 89. Existiendo, empero, entre los jurisconsultos y los filósofos una grande emulacion sin motivo alguno, segun Merill. *observ.* 11, los primeros se apropiaban el estudio de la verdadera filosofia, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.*, y así no dudaron en acomodar á la jurisprudencia la definicion de la filosofía, añadiendo con todo, la diferencia específica, consistente en estas palabras; la ciencia de lo justo é injusto. HEIN.

TEXTO.

De juris methodo.

2. His igitur generaliter cognitis, et incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur: alioqui si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus; duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpe etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit) serius ad id perducemus ad quod leviore via ductus, sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.

TRADUCCION.

Del método del derecho.

Conocido esto en general, y empezando á esplicar las leyes del pueblo romano, parécenos que pueden enseñarse muy cómodamente, si se hace primero con un método sencillo y fácil, pasando despues á una interpretacion mas diligente y exacta; de otro modo si desde un principio abrumásemos el ignorante y débil entendimiento del estudioso con muchas y varias cosas, sucederia, ó bien que le obligariamos á abandonar el estudio; ó que con grande trabajo, y en muchas ocasiones con cierta desconfianza, (que las mas de las veces retrae á los jóvenes), les conduciríamos con mas lentitud, á lo mismo á que siguiendo un método mas sencillo, sin grande costa y sin desconfianza ninguna habrian llegado con mayor prontitud.

NOTAS.

2. *Generaliter*). Brevemente, en resúmen de corrida.

Levi ac simplici via). Esto es, superficialmente. Aristóteles dice Δει γάρ υποτυπώσαι πρώτον ένθ'ν ἴσοι ἀναγράφειν esto es; primero se ha de perfilar, y bosquejar el cuadro y despues pintarlo con los colores adecuados. No menos acertadamente se espresa Quintiliano 1. *Inst, orat.* 2. *Ut vascula*, dice, *oris angusti superfusam humoris copiam respuunt, sensim autem influentibus complentur, sic animi puerorum.*

Diligentissima atque exactissima). Esto es necesario para consumarse en la ciencia, así como lo primero conviene mas bien á los principiantes.

Duorum alterum). Quintiliano en su proemio del libro 8 dice: *Conviene que á los principiantes se les expliquen las materias con brevedad y sencillez; pues de lo contrario ó bien suelen arredrarse con la dificultad de tantas y tan perplejas cuestiones, ó bien se desmaya á los ingenios con el tratado de las cosas mas dificultosas, cabalmente en aquel mismo tiempo en que mas necesidad tienen de ser animados y tratados con indulgencia.*

Cum diffidentia). Cic. *in orat. c.* 1. dice asi: *Temo que muchos no abandonen sus estudios, y que arredrados por la desconfianza dejen de emprender aquello que creen no poder conseguir.*

COMENTARIO.

En todo arte ha de hacerse lo que acostumbran los pintores, que en primer lugar tiran las primeras líneas y bosquejan su obra, hasta que despues la pintan cual conviene: pues, primero se ha de empezar por aprender las cosas superficialmente y en globo, y despues emplear mayor diligencia y sutileza; aquello, para los principiantes, esto, para los que desean consumarse en la ciencia.

Duorum alterum). Dos razones da para esto; la primera que con la dificultad propuesta al principio no se asuste el ánimo de los jóvenes, y no pierdan la voluntad de aprender á una con la esperanza de aprender bien; la otra que lleguen mas pronto al conocimiento de esta ciencia, al cual no habrian llegado sino muy tarde ó quizá nunca, y ciertamente no sin grandes trabajos y desaliento, si en aquel tiempo en que los ingenios se han de animar y tratar con cierta indulgencia se les espantase con el tratado de las cosas mas difíciles. Así lo dice Fabio en el *præm. lib.* 8. *inst. orat.* Lo mismo puede decirse de los comentarios por lo que hace á los principiantes; pues en cuanto á aquellos que ya están acostumbrados á estos sencillos manjares nada impide el que se les presenten los mismos por segunda vez condimentados algo mas doctamente, para escitar su apetito con una doctrina nueva y mejor compuesta. Mi intencion

(a) L. 2. tit. 1. P. 3.

es, con un estilo mixto contentar á la vez á los principiantes con mi frugalidad, y á los mas adelantados con mi esplendidez.

TEXTO.

Juris præcepta.

3. Juris præcepta sunt: Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

TRADUCCION.

De los preceptos del derecho.

Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar á nadie, y dar á cada uno lo suyo (a)

NOTAS.

3. *Juris præcepta*). No son segun quieren Hopper. y Cont. las reglas de la ciencia del derecho, sino los preceptos del derecho natural, αἱ κοιναὶ καὶ φυσικαὶ ἔννοιαι, esto es, una nocion infundida y casi inscrita en nuestro entendimiento. *l.* 10. § 1. *D. eod.*

Honeste vivere). Con este precepto se prohibe todo aquello que repugna á las buenas costumbres y á la pública honestidad, aun cuando no esté espresamente prohibido. *Est aliquid*, dice Cic. *pro Balbo, c.* 5. *quod non oportet, etiamsi liceat. l.* 144 *de reg. jur.*

Alterum non lædere, suum cuique tribuere). De estos dos preceptos, el uno se refiere á la persona de nuestros semejantes, y el otro á las cosas esteriores. Cic. 1. *de offic. c.* 5. dice asi: *Justitiæ primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis*. Sen 3. *de benef. c.* 14. *Aequissima vox est, et jus gentium præ se ferens. Redde quod debes.*

COMENTARIO.

No convengo con Hoppero *lib.* 1. *de art. jur.* ni con Concio, quienes creen que la palabra precepto, significa en este lugar y en Ulpiano *l.* 10. §. 1. *ff. eod.* lo mismo que la regla del arte del derecho; pues los preceptos de las artes son los principios de conocer, como las definiciones y divisiones; por lo que si asi fuera no se propondrian tres reglas, sino una sola division de los preceptos del derecho. Mas bien podrá decirse que aquí la palabra precepto quiere decir cierto mandato general del derecho comun, el que en todo tiempo es bueno y justo, ó bien ciertas nociones que nos han sido infundidas por la misma naturaleza y como consignadas en nuestro entendimiento.

Y ciertamente el primero, por el que se prescribe la honestidad de la vida prohibe todas aquellas acciones, que perjudican á nuestra religion, pudor ó fama, y generalmente todo lo que está en contradiccion con las leyes, buenas costumbres y la pública honestidad; en tanto grado que debemos abstenernos á causa de esta misma honestidad de aquello que las leyes civiles permiten, ó no lo prohiben espresamente segun aquello tan vulgar de *Non omne quod licet, honestum est*. Acerca de lo que discurre muy acertadamente Pedro Fabro en la ley *non omne*, 144 *ff. de. reg. jur.* pues hay ciertas cosas que no conviene hacerlas aun cuando esten permitidas segun dice muy bien Ciceron *pro Balbo c.* 5. Y no es esto un simple consejo segun á algunos puede parecerles, sino un precepto verdadero y eficaz del derecho natural; aunque algunas veces claudique ó se falte á él, y lo tolere la ley civil; y por lo mismo es un notable error el de aquellos que creen poder conciliarse con este precepto la prostitucion, porque civilmente es tolerada. Esto es una omision de la ley civil, á cuyo autor le advierten sus deberes que no consienta el mal ni aun por causa del bien, pues con este pretexto acostumbra á escusarse semejante tolerancia: *quod propter redundantem in humana natura perversitatem quædam etiam non decora ac salutaria, adeoque decreto Spiritus damnata toleranda sint, ne majoris mali præbeatur occasio*. Estas á corta diferencia son las palabras del emperador Leon, y el motivo que le indujo á permitir la usura que su padre habia prohibido Nov. Leon 83. Los otros dos preceptos contienen evidentemente, otros dos distintos deberes de la justicia. Así los entiendo en globo: de modo que el segundo *alterum non lædere* se refiere á la persona de nuestros semejantes para que no perjudiquemos ni hagamos el menor daño á la vida, salud, libertad ni fama agena; y el tercero *suum cuique tribuere* tiene relacion con las cosas esteriores, esto es que nos manda abstenernos de lo ageno, prohibiéndonos el que tomemos ni disminuyamos nada de la hacienda de otro, obligándonos á permitir que cada uno use tranquilamente de sus cosas, y á restituir las agenas que se hallen en nuestro poder. Con esto está conforme lo que escribe M. Tullio *lib.* 1. *offic. c.* 5. *Justitiæ primum munus esse, ut ne cui quis noceat, deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis*. Aquellos que establecen que no hay mas ni menos preceptos del derecho que los tres mencionados son en demasia escrupulosos; pues en uno solo pudieran comprenderse generalmente todos los

(a) La *l.* 3. *tit.* 1. *Part.* 3. establece los mismos principios.

deberes de la justicia, de la misma manera que en la definicion de esta se hallan en el tercer precepto comprendidos los dos primeros, y pueden ciertos deberes esplicarse con otros preceptos ó palabras mas claramente, como por ejemplo: tributar culto á Dios, respetar á los padres, guardar los pactos, etc. Nadie esplica mejor este punto que Claudio Cantiuncula en su doctísima paráfrasis. VIN. Estos preceptos del derecho provienen de los estoicos. Segun estos toda honestidad la hacian derivar de las cuatro virtudes cardinales; prudencia, templanza, fortaleza y justicia, así que vivir honestamente pertenece á la templanza, no dañar á otro á la fortaleza; dar á cada uno lo suyo á la justicia; no hacian mencion los jurisconsultos de la prudencia como á virtud intelectual. Esta observacion es del ilustre Tomasino. *in Not. ad. Instit. h. t.* HEIN.

TEXTO.

De jure publico et privato.

1. Hujus studii duæ sunt positiones; publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est: collectum enim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.

TRADUCCION.

Del derecho público y del privado.

Dos son las partes de este estudio; público y privado. El derecho público es el que pertenece al estado de la república romana; el privado es el que mira á la utilidad de los particulares: en cuanto á este debemos advertir que se divide en tres especies, pues ó está compuesto de los preceptos ó leyes naturales, ó del derecho de gentes, ó del civil.

NOTAS.

1. *Duæ positiones).* Esto es dos temas, partes ó especies. De Ulp. *l.* 1. §. 2, *eod.* Segun otros hay tres, sagrado, público y privado. Auson *in. Idyll.* 15.; pero Ulpiano en dicho lugar comprende el sagrado en el público. VINN. Frecuentemente los jurisconsultos antiguos omiten aquellas especies que pueden llamarse mixtas, confundiéndolas con las simples y de este modo de una division de tres miembros hacen una de dos: trata esto *Ger. Noodt. Probab.* 1. 12. quien pone aquí el mismo ejemplo. *Obs.* 11. 21. HEIN.

Quod ad statum rei Romanæ). Lo que es público en cuanto á la utilidad; no en cuanto á la autoridad que lo dicta; pue esta division está tomada del fin, no de la causa eficiente.

Ad singulorum utilitatem). Lo que en particular pertenece á las cosas de cada ciudadano aunque por consecuencia, esto redunda en favor de la utilidad pública, y aquello en favor de la privada.

Collectum ex naturalibus præceptis, etc). El derecho de que hacen uso los particulares en la ciudad trae su orígen de tres fuentes; la naturaleza; las costumbres de las naciones y las leyes de cada ciudad.

COMENTARIO.

1. De cuantos modos se entiende el derecho público?
2. Critícase al orador Antonio.
3. Esplícase la division Aristotélica del derecho civil.
4. Rod. Agricola reprende sin fundamento á Justiniano.
5. Conciliacion de Ulpiano con Cayo y otros.
6. Al decir derecho positivo de que derecho entendemos hablar.
7. Division del derecho privado.

1. *Hujus studii duæ positiones).* Tomamos aquí la palabra estudio en un sentido figurado, por el mismo derecho que se estudia, pues aquel no es público sino propio y particular de cada cual, al decir: *positiones*, es lo mismo que dijera partes ó especies. Esta division está tomada del objeto y fin principal y tal vez seria mucho mejor poner tres especies segun lo hace Ciceron 1. *de legib.* y Ausonio in *Idill, Divinum, publicum et privatum;* esto es; Divino, público y privado; empero si una division bimembre parece preferible, puede cómodamente dividirse en divino y humano, subdividiendo este último en público y privado. Ulpiano, autor de esta division indudablemente comprende el divino en el público; pues dice que este consiste en las cosas sagradas, en los sacerdotes y en los magistrados. *l.* 1. §. 2. *hoc. tit.* Por lo demás, los compositores cristianos omitieron en las Pandectas el tratado de aquel derecho sagrado como impío, y las constituciones de los Emperadores cristianos acerca de este derecho que quedan en el Código únicamente se han de recibir en cuanto no pugnan con la palabra de Dios. VINN. El estudio se toma tambien en lugar de arte, segun manifiesta Merill. *Observ. lib.* 1. *c.* 2. Dícese derecho divino en cuanto se opone al humano: de otro modo no es el derecho acerca de las cosas sagradas sino aquel que viene de Dios; ni parece muy conforme aquella division y subdivision ni tampoco necesaria; siendo, como lo es indudablemente, el derecho sagrado una parte principalísima del público. HEINN.

Publicum jus est). El nombre de derecho

público se toma en diversos sentidos: y para que alguno no se equivoque debe saberse que en muchas ocasiones se llama así teniendo en consideracion su forma y causa eficiente, no su materia y fin como aquí; no en cuanto á la utilidad que reporta la nacion, sino en cuanto á la autoridad que lo dicta. En esta acepcion se toma en la *l.* 8. *ff. de tutel. l. ex sentenția* 29. *ff. de test. ut.* y en muchos otros lugares: así lo tomaba Terencio en *Phorm. ll.* 11. 65. *An ne id quidem adipiscar ego, quod jus publicum est?* En la *l.* 15. §. *l. ff. ad leg. Fal.* se dice que la retencion de la cuarta Falcidia compete por derecho público; en la *l.* 18. §. 1. *ff. de dam inf.* que la usucapion es de derecho público; esto es, que está constituida públicamente, ó sea por una autoridad pública. En el mismo sentido se dice que la testamentifaccion es de derecho público, *l.* 3. *ff. qui testam, fac.* esto es, que está concedida por la ley ó por la pública autoridad de esta, *l.* 1. *ff. pr. vers. secundo ad leg. Fal. l. verbis legis* 120. *ff. de verb. sign.* y esto así para diferenciarle de aquel otro derecho que adquiere cada particular en virtud de sus transacciones ó pactos, los que no tienen, como es sabido, la misma autoridad que las leyes, cuya idea esplica Papiniano de este modo *l. ult. ff. de suis et legit Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur.* Lo que á cada paso leemos, que el derecho público no puede alterarse ni derogarse por la voluntad de los particulares, *l. jus. publicum* 38. *ff. de pact. l. Neratius* 20. *de relig. l.* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falc. l. nequepignus* 46. §. 3. *ff. de reg jur.* no quiere decir otra cosa sino que los pactos de aquellos en nada pueden mudar lo que aquel derecho ha dispuesto publicamente acerca de alguna cosa, *d. leg. nec ex* 27. *ff. de reg. jur.* A veces el derecho público se toma por aquel que es comun á todos los ciudadanos de una misma nacion: pues lo que Papiniano en la *l. inter* 31. §. *pen. ff. de fide jus.* y Zenon en la *l. ult. C. de rest. in integ.* llaman comun, en el mismo sentido es llamado público por Ulpiano *l. nihil. consensui* 16. §. 1. *ff. de reg. jur.* y así tambien el Emperador *l.* 2. *C. ne ux pro mar.*, para distinguirle, segun dice, del derecho singular ó sea privilegiado; esto es de aquel, propio tan solo de determinadas personas. En este lugar, empero, toma el nombre de derecho público por su objeto y su fin, en cuanto mira á la utilidad pública, esto es, de todos los pueblos en general, y no á la de cada individuo en particular, á no ser secundariamente, y por una consecuencia necesaria, pues lo que es útil al público no puede menos de serlo á los particulares; de la misma manera que de la utilidad de estos deducimos tambien por analogía la de toda la nacion; como cuando decimos: conviene á la república que se cumplan las últimas voluntades de los hombres; interesa á la nacion que nadie use mal de su hacienda, y otras cosas por este estilo.

Rei Romanæ). Lo mismo que República Romana: así tambien Virg. 6. *Æneі v.* 857. *Hic rem Romanam magno turbante tumultus sistet eques*, y Ennio al hablar de Marcelo: *Moribus antiquis re stat Romana virisque.* Si se quita el adjetivo Romana la definicion será general; pero aquí se pone para diferenciarla de las otras ciudades, que comparadas con Roma se consideraban lo mismo que particulares *l.* 15. *y sig. de verb. sign.*; ó mas bien se puso porque Justiniano tan solo quiso tratar del derecho propio de la nacion Romana, lo mismo que Ulpiano de quien se ha tomado este pasage. Son de derecho público todas aquellas cosas que pertenecen al cuidado de la religion y del culto divino, la declaracion de la guerra ó de la paz, los límites y extension del Imperio, el derecho de dictar las leyes y de conceder privilegios, de imponer tributos; de acuñar moneda, de ejercer el poder judicial, de reprimir los delitos, y finalmente de nombrar á los magistrados, á quienes se hayan de encomendar tan diferentes cargos.

Quod ad singulorum). En esta division el derecho privado es aquel que mira principal y directamente á la utilidad de los ciudadanos en particular; así que la testamentifacion, la detraccion de la cuarta Falcidia, la usucapion son en este sentido de derecho privado.

2. *Dicendum est de jure privato*). El tratado del derecho público pareció demasiado difícil y sublime á Justiniano para enseñarle á los principiantes, y así tampoco hablaremos nosotros mucho acerca de él. Pero para hacer mencion de lo que la materia misma parece exigir, diremos que de esta division del derecho, como tambien de la definicion de la jurisprudencia, aparece que Antonio segun Cice. *l.* 1. *de orat. c.* 48. define al leguleyo y no al jurisconsulto, al decir ser tal e que sabe las leyes y las costumbres que usan los particulares en la nacion y está suficientemente instruido para responder, obrar y precaver. Este hombre envidioso de la gloria de los jurisconsultos, y juzgando muy mal esta ciencia, omite de propósito una principalísima parte de la misma; á saber, la ciencia del derecho público. VINN. No puede



llamarse leguleyo aquel que está instruido solamente en el derecho privado, sino al que sabiendo solo las leyes, ignora la razon y aplicacion de las mismas; de la misma suerte que suele llamarse *rabula*, aquel que cuidándose de sola su aplicacion y práctica, no tiene ningun conocimiento del derecho: en este sentido toma Ciceron estas palabras *lib.* 1. *de Orat. cap.* 46. *y* 55. HEIN.

Tripartitum est). Esta division está tomada de las causas eficientes; á saber, de los autores del derecho, de la naturaleza, razon natural y de la misma nacion; aunque aquí no tanto se divide el derecho civil, como se manifiesta su principio y origen, segun lo demuestran las palabras *collectum est,* y advierte Wesemb. Por otra parte no es tan absurdo como muchos imaginan poner como á género el derecho civil, subdividiéndole en tres especies, esto es, el natural, de gentes y civil en especie; con tal que el derecho civil en cuanto se considere como género se tome por el derecho que cada ciudad usa en general, y el civil propiamente dicho por aquel que constituye y sanciona el legislador, y que en cada país es llamado positivo.

3. En este mismo sentido el Filósofo 5. *Etica* 7. divide el derecho civil en φυσικὸν καὶ νομικὸν, esto es, natural y civil propiamente dicho; pues el derecho natural ó el de gentes comun á todas las naciones es la fuente de donde salen todos los que se acomodan á las diversas costumbres de cada ciudad, aunque esto no suceda en todas partes de una misma manera. Y aquí viene bien lo que dice Cayo en la *l. omnes populi* 9. *hoc. tit.* *Omnes populos partim communi omnium hominum jure uti, partim propio,* al que Aristóteles llama en dicho lugar νομικον, es decir, civil propiamente dicho, haciéndolo una especie del πολιτικὸν, esto es, del civil en general.

4. Rod. Agricola *lib.* 2. *de invent. dial:* reprende á Justiniano, porque dice de solo el derecho privado, que está compuesto de aquellos tres derechos, como si negase con esto que el derecho público no viene de los mismos; empero esto no se sigue de ningun modo: pues á Justiniano le pareció suficiente manifestar la causa y el orígen del derecho que trataba de esplicar, á saber, el privado, pasando por alto si el derecho público se derivaba de las mismas fuentes. Ni jamás podrá decirse que la naturaleza ó el derecho natural, en el sentido en que lo toman Justiniano y Ulpiano, á saber, por aquel derecho que es comun á los hombres y á los animales, sea la causa ni el orígen del derecho público, segun acertadamente observa Baron; ni tampoco podremos convenir con Mynsingero, que con *Alciato* 1. *parerg.* 51. disputa que el derecho público únicamente nace de los preceptos civiles; pues á demás de lo que he manifestado que la religion y el culto hácia Dios, *l.* 2. *hoc. tit.* y los mandatos de los magistrados, segun Aristóteles 1. *polit.* 2. son de derecho de gentes, consta que los mismos Romanos sacaron de las otras naciones de Italia, y principalmente de la Etruria sus ritos sagrados, sus ceremonias y casi todo lo perteneciente á los magistrados y á lo restante del derecho público. En cuanto al conocimiento general de Dios está puesto fuera de toda duda segun un pasage de Paulo, *ad Rom. c.* 1. y tambien segun Cice. 1. *Tusc. c.* 16. *y* 2. *de nat. Deor. c.* 2. *y* 15.

5. *Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus*). Los antiguos parece que disintieron acerca del número de las especies del derecho, pues Ulpiano en la *l.* 1. §. 2. *ff hoc. tit.* á quien sigue Justiniano aquí, pone tres especies; á saber, el natural, de gentes y civil. Cayo en la *l. omnes populi* 9. *eod.* solo pone dos, el comun y el propio, y los filósofos únicamente reconocen el natural y positivo. Mas esta discrepancia proviene del método de tratar la materia; no existe en ella misma; pues en realidad tan solo pueden considerarse dos especies de derecho, el natural y el civil ó positivo; solo que en esta division bimembre la primera especie comprende las dos primeras sub-especies en las que puede facilmente subdividirse despues. Ulpiano en obsequio de la brevedad comprende la especie de un género en otro en una sola division, lo que parece acostumbraba hacer segun la *l.* 4. *ff. hoc. tit. l.* 5. *ff. de pact.*, acomodando á las especies el nombre del género cuando faltaba uno de propio, y por lo tanto llamando derecho natural á aquel que por cierta semejanza es comun al hombre con los demás animales, y derecho de gentes, al que es propio tan solo del género humano.

6. Hemos de observar, con todo, que no todos aquellos que dividen el derecho en natural y positivo oponen estas especies tomándolas en el mismo sentido; pues hay algunos que bajo el nombre de derecho natural comprenden, ya el que es comun al hombre con los animales irracionales, ya tambien el derecho de gentes vulgarmente llamado primario, haciendo al secundario una especie de derecho positivo, como tambien del civil, juzgando esto como mas conforme á la razon. Wesemb. *part. hoc. tit.* n. 15. *Greg. Lopez animad. c.* 3. *D. Grot.* 1.

manuduct. ad jurisp. Bat. c. 2. *item lib.* 1. *de jur. bel. et pac. c.* 1. *n.* 9. *y sig.* Otros, empero, al oponer el derecho natural al positivo, entienden todo aquel que no proviene de la potestad civil; no solo el primario de gentes sino tambien el secundario, lo que hacen algunas veces los antiguos, segun puede verse en la *l.* 1. *ff. de acq. rer. dom.* §. *singulorum*, *infra de rer. div.* Pero con mas frecuencia estos autores oponen el derecho natural al secundario de gentes, segun se lee en el §. 2. *tit.* siguiente *inf. de libertin. in pr. l.* 4. *hoc. tit.* En la division propuesta tambien se opone al primario, en cuyo sentido apenas se emplea nunca, como se demostrará en el título siguiente.

7. La mejor division que del derecho podemos hacer, es primero, en un derecho comun á todas las naciones, y en otro propio de cada ciudad; aquel en uno comun á los hombres con las bestias, y en otro peculiar y propio del género humano; y éste en uno innato en el hombre; y otro que ha sido introducido por el comun consentimiento de los hombres.

« En la *l.* 31. *tit.* 18. *P.* 6. segun advierte « Greg. Lopez *glos.* 1. de la misma ley, al « decir derecho natural se entiende el dere- « cho de gentes. Además nuestras leyes no « reconocen en ninguna parte la division de « este en primario y secundario. »

TITULO SEGUNDO.

Del derecho natural, de gentes y civil. (a)

RESUMEN DE LO QUE SE ESPLICA EN ESTE TÍTULO.

El Emperador continua en este título á esplicar por separado cada una de las especies en que dividió el derecho privado en el párrafo último del precedente título, despues de lo cual entra á tratar del derecho civil de los Romanos, que es su solo objeto. Divídelo primeramente en escrito y no escrito, subdividiendo aquel en sus especies, que esplica en seguida por su órden: luego despues marca la diferencia que existe entre el derecho civil y el natural por razon de sus diversos efectos, concluyendo con allanar el camino para la perfecta percepcion del derecho constituido, por medio de una division de los objetos acerca de los cuales se trata en el derecho que nos rige.

TEXTO.

De jure naturali.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis propium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius juris peritia censeri.

TRADUCCION.

Del derecho natural.

Derecho natural es el que la naturaleza enseñó á todos los animales, pues este derecho no es propio tan solo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De ahí se deriva la union del macho y de la hembra, que nosotros llamamos matrimonio, y de ahí tambien la procreacion y educacion de los hijos; pues vemos que los demás animales se consideran tambien peritos en este derecho. (b)

NOTAS.

Omnia animalia docuit). *l.* 1. §. 3. *D. de just. et jur.* Dícense estas palabras por catacresis, por cuanto todo lo que pertenece á este derecho tambien lo ejecutan los animales aunque movidos por solo el ímpetu de la naturaleza, empero en cierta semejanza con el sentimiento y deseos humanos. Cic. *in læt. c.* 8. Por esto Aristóteles. 9. *de hist. anim. cap.* 7. llama á semejantes actos de los irracionales, imitacion de la vida humana. Hablando empero con propiedad solo aquel que por naturaleza observa los preceptos naturales, es capaz de derecho, Grot. 1. *de jur. bell.* 1. Νόμῳ καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν. Esto es, solo los hombres acostumbran á usar de la ley y de la justicia. *Plutarch. Cat. maj.* En las bestias solo hay una sombra de derecho. Salmas. *de usur. cap.* 9.

Maris atque fœminæ conjunctio). Lactant. *l.* 6. *c.* 23. Habiendo Dios establecido los dos sexos, hizo de manera que mutuamente

(a) Tit. 1. P. 1.
(b) L. 2. tit. 1. P. 1. L. 2. tit. 19. P. 4.

se apeteciesen, y gozasen en su union y de este modo pudiesen las especies propagarse y multiplicarse.

Educatio). Cic. 1. *de off. c.* 3. *Quemadmodum communis est animantibus conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt.* Y el mismo *lib.* 3. *de fin. c.* 19. *Hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret.* A este lugar debe referirse el derecho de defensa contra una fuerza esterior. Cic. 1. *de off. c.* 7.

Peritia censeri). Esto es que se tienen por peritos en este derecho, que se cuentan en el número de los que lo son. Segun Teophilo ἐν τοισ τιμῶσι τουτον τόν νόμον ἀναγεγραμμενά, esto es, inscritos comprendidos (algunos prefieren peritos) en el número de aquellos que observan esta ley.

COMENTARIO.

1. *Los animales irracionales hablando con propiedad no son capaces de derecho.*
2. *En virtud de qué derecho están los hijos obligados á alimentar á sus padres?*
3. *El derecho de defensa es de derecho natural, y hasta qué punto llega?*

1. Tan cierto es que los animales irracionales son incapaces de derecho como es cierto que son incapaces de razon; pues entre aquellos en quienes hay derecho, es preciso que haya razon, noticia de lo justo y de lo bueno, y por lo tanto justicia, ley y sociedad. Arist. 5. *Eth.* 10. Segun Cic. *lib.* 1. *de off. no decimos que haya justicia entre los caballos ni entre los leones.* Plutarco sobre Caton el Mayor, dice que solo los hombres acostumbran usar de la ley y de la justicia; y de otra suerte deberíamos conceder una vida futura tambien para los brutos. Acertadamente, pues, dice Grocio 1. *de jur. bell. et pac. c.* 1. *num.* 11. que solo aquel que observa los preceptos generales de la naturaleza es capaz de derecho. No hay ningun Filósofo que yo sepa, ni ningun Jurisconsulto, que nos enseñe, que en los brutos exista un derecho, escepto solamente Ulpiano, de cuyas instituciones tomó esto Justiniano segun se desprende de la *l.* 1. §. 3 *de just. et jur.* Cómo pues conciliarémos á Ulpiano con los demás? Sencillísimo es el parecer de aquellos que dicen que este jurisconsulto habló así por cierta amplificacion y en un sentido figurado; por cuanto todo lo que se dice ser de este derecho lo ejecutan tambien los brutos con cierta semejanza con el sentimiento y deseo humano, por lo que Aristóteles *lib.* 9 *de hist. animal. c.* 7. llama á semejantes acciones de los brutos imitaciones de la vida humana, y *Cic. de fin.* simulacro de virtudes; pues así como en los brutos se observan algunos simulacros de razon, así tambien de derecho segun atestigua el mismo Ciceron y Plutarco lo demuestra en su libro intitulado πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα; Esto es, cuáles son los animales mas ilustrados? Era opinion de Platon que la naturaleza quiso hacerlo todo con la mayor perfeccion, y que por lo mismo dió á las plantas cierta sensibilidad, á los brutos una especie de razon, y á los hombres una sombra de la mente divina. Y lo mismo debió haber sentido Plutarco en su libro intitulado τά ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, esto es, los irracionales tienen razon, pues de otro modo encerraria este título una contradiccion manifiesta. El mismo efecto surte la respuesta de aquellos que dicen, que el derecho natural *formaliter*, esto es en cuanto á la razon, únicamente es peculiar del hombre; *materialiter* empero, es decir, en cuanto al apetito é instinto de la naturaleza, se hace tambien estensivo á los brutos, esto es segun se esplican Covarr. *in c. peccatum, de reg. jur. in* 6. *par.* 2. *rel.* §. 1. *num.* 4. *y Ant. Fab. jurisp. Papin. tit.* 2. *pr.* 1., que se llama derecho natural todo aquello que versa acerca de lo que los bruto ejecutan con el solo instinto é ímpetu de la naturaleza, y los hombres valiéndose de su razon. Pues el hombre cuando obra se vale de esta, siguiéndola como á su guia y antorcha, al paso que las bestias en las mismas acciones no atienden á otra cosa mas que á la fuerza de la naturaleza y al instinto ciego, destituidos como se hallan de juicio y de razon. De este mismo modo disputa el doctísimo Salmas. *lib. de usur. cap.* 9., y aquí viene bien lo que escribió Séneca en el *lib.* 2. *de Ira c.* 16., de que los animales tienen el instinto por razon, y los hombres esta por instinto. VINN. Equivócase Vinnio cuando piensa que fué Ulpiano solamente quien fingió un derecho natural comun al hombre con los demás animales; pues semejante doctrina la profesaron casi todos los antiguos filósofos, quienes decian que el derecho natural exige que vivamos segun la naturaleza: esta empero, es comun, ó propia tan solo del hombre; de aquella nace el derecho natural, de esta el de gentes. Muy bien raciocina acerca de este punto insiguiendo los Estoicos Ciceron *de finibus l.* 4. *c.* 9. y elegantemente tambien Euripides: *Communis hæc lex stirpis est mortalium, trahens et ipsos in sui assensum Deos, Ferasque, amare quidquid est ex se satum.* HEIN.

Maris et fœminæ conjunctio). Aqui viene

bien lo que escribió Tulio, en Lelio: *Hoc apparet*, dice, *in bestiis, volucribus, agrestibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut se ipsæ diligant*; (*id enim pariter cum omni animante nascitur*), *deinde ut requirant atque appetant ad quas se applicent ejusdem generis animantes: idque faciant cum desiderio et cum quadam similitudine amoris humani*.

Procreatis, educatio). *Así como es comun á todos los animales el apetito de su mutua union, así tambien lo es el cuidado de los seres procreados*, dice el mismo Tulio 1. *de offi. cap.* 5. Justiniano en la *l. un.* §. *taceat. C. de rei. ux act.* dice: que el mismo estímulo natural impele á los padres á la educacion de sus hijos, y en otra parte que es preciso segun la misma naturaleza alimentar al hijo y á la hija, *l. ult.* §. *ipsum C. de bon. quæ lib.* Y ciertamente no podria conciliarse que la naturaleza quisiese la procreacion y no cuidase de infundir amor hácia los séres procreados, segun escribió Cic. 5. *de finib. cap.* 19.

2. Hay algunos que refieren aquí aunque malamente el deber de alimentar á los padres. Debémosles á la verdad alimentos, segun se dice en el vulgar proverbio ἀντιπελαργεῖν, esto es, ser reconocido á sus padres, mas el deber de alimenterles no nace del derecho de que tratamos aquí, y que la naturaleza enseñó á los demás animales, entre los cuales el hijo no alimenta á sus padres; sino de otra ley natural que es peculiar del género humano, y que en la division propuesta pertenece al derecho de gentes. Es decir que el que el padre ame á su hijo, es por comun instinto de la naturaleza, pero que el hijo sea reconocido á sus padres viene de la razon natural, que nos recomienda la piedad y la gratitud: véase *l.* 2. *de just. et jur. l. nam y* 15. *de inoff. testam. l.* 7. §. 1. *D. unde liberi*. Así debe entenderse el lugar de Cic. *in orat. de resp. arusp. cap.* 27., en que dice que la naturaleza nos liga en primer lugar á nuestros padres, á quienes seria una impiedad el no alimentar. Lo que se cuenta de la cigueña debemos omitirlo, como un caso singular. Por lo demás hasta que punto los hijos á los padres y estos á aquellos, como tambien los hermanos entre si están tenidos á prestarse alimentos, es ageno de este sitio el decirlo, y así puede consultarse á Schneid. *hic. num.* 10. *y sig. Grot.* 2. *de jur. Bell. et Pac. c.* 7. *num.* 4. *y sig.*

3. Nada está tan profundamente grabado por la naturaleza en el corazon de todos los animales como el derecho de defenderse contra una fuerza exterior. (a) Segun Marco Tulio escribe 1. *de offic. cap.* 4. la naturaleza infunde á todos los animales, ante todas cosas el deseo de defender su vida y su cuerpo en union con el de apartarse de todo aquello que les parezca nocivo. De ahí se deduce que el fragmento del autor de la *l.* 3. *de just. et jur.* se puso ligeramente por Triboniano en la *l.* 2. del mismo título, habiendo confundido los ejemplos del derecho natural y de gentes, contra lo que se habia propuesto; pues aunque segun algunos en el derecho de defensa debemos atender á dos estremos; á saber á nuestra defensa y á la repulsion del daño, perteneciendo aquella al derecho natural, y esta al derecho de gentes, con todo creo yo que Florentino limita tan solo al género humano todo aquel derecho. Hasta que punto y con que condiciones nos sea permitido rechazar la fuerza que se nos hace á nuestras personas ó cosas dícennoslo segun el comun parecer de los doctores Schneid. *hic. num.* 12. *y sig.* Gail. 2. *obs.* 110. *num.* 15. *y sig.* En resúmen dicen, que al rechazar la fuerza no parezca mas bien que nos vengamos, que no que nos defendemos, de modo que nunca escedamos el *moderamen inculpatæ tutelæ*, y diremos no habernos escedido cuando no podamos evitar el peligro de otra manera, *l. scientiam* 45. §. *pen. ad leg. Aq. l.* 1. *C. unde vi*. Grocio *lib.* 2. *de jur. bell. cap.* 1. *num.* 3. nos enseña acertadamente que el derecho de defensa por sí y primariamente, nace de lo que la naturaleza recomienda á cada uno; no de la injusticia ó pecado de otro, de donde viene el peligro; y así que si un cuerpo es impelido con presente riesgo de la vida, inevitable de otro modo, es lícito matar al que ocasiona el peligro, aun cuando estuviese exento de toda culpa, como puede suceder si estuviese loco ó fuese sonámbulo, segun leemos haber sucedido á alguno. Ni se acaba el derecho de defensa cuando basta; pues no estoy obligado á sufrir lo que otro intenta mas de lo que lo estaria si causase el peligro una bestia agena; empero de esto quizá mas latamente en otro lugar.

4. Repito lo que mas arriba dije, que cuando se concede una justicia á los brutos hácese esto impropiamente en virtud de cierta sombra y vestigio de razon que observamos en los mismos; y así muchos al tratar del derecho natural lo limitan al solo género humano; véase Pet. Fab. 2. *sem.* 1. *Joan. Selden. lib.* 1. *de jur. nat. et gent. juxta. discipl. Hebræor cap.* 4. *y* 5., en

(a) L. 2. tit. 1. P. 1. L. 2. tit. 8 P. 7.

donde tambien cita á los Hebreos, quienes dicen que las acciones de los demás animales no nacen de derecho ninguno, (pues segun ellos este versa únicamente acerca de lo lícito ó ilícito), sino de la propension é instinto. Ciertamente, la diferencia que Ulpiano establece entre el derecho que es comun al hombre con los demás animales llamado por él natural en un sentido estricto, y entre aquel que es peculiar tan solo de los hombres apellidado muchas veces derecho de gentes, apenas está en uso; pues, ya sea que las acciones acerca de las que el derecho natural trata nos sean comunes con los demás animales, como es la educacion de la prole; ó únicamente propias nuestras, cual es el culto de Dios, nada le hace esto para la naturaleza del mismo derecho, §. *pen. inf. eod.*

TEXTO.

Distinctio juris gentium et civilis á definitione et etymologia.

1. Jus autem civile à jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus sibi jus constituit; id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit; id apud omnes gentes peræquè custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim suo propio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.

TRADUCCION.

Distincion entre el derecho de gentes y civil por su definicion y etimología.

El derecho civil se diferencia del derecho de gentes en que todas las naciones que se rigen por leyes y costumbres, en parte se sirven de su derecho propio, y en parte del que es comun á todos los hombres. Pues aquel que cada pueblo establece para sí es propio de la misma ciudad, y se llama derecho civil, casi un derecho propio de la misma ciudad. Mas lo que la razon natural establece entre todos los hombres, y se guarda igualmente entre todas las naciones se llama derecho de gentes, como que todas las naciones usan de este derecho. (a) Así tambien el pueblo Romano en parte se sirve de su derecho propio, y en parte del comun de todos los hombres. Cuyas cosas cada una de por sí veremos en su respectivo lugar.

NOTAS.

1. *Quisque populus*). Segun la *l. 9. de just. et jur.* se debe entender esto de aquel pueblo que no esté sujeto á imperio ageno; de otro modo no tiene el derecho de establecer leyes sino en cuanto se lo concede aquel á quien obedece *l. 9.* ἀξίωσις *D. de leg. Rhod.*

Vocaturque jus civile. Esto es, *in specie* es decir, aquel que la ciudad establece para sí misma, del cual hay muchas cosas en las doce tablas, pues el derecho civil, tomado por todo el derecho de una nacion, comprende tambien el natural y de gentes, en cuyo sentido Aristót. 5 *Eth.* 7. divide el derecho civil en natural y legítimo.

Naturalis ratio). El derecho de gentes no se ha de derivar de las costumbres de los pueblos, sino de aquello que nos dicta la misma razon natural que es justo; esto es de aquel conocimiento de lo honesto y de lo torpe, de lo justo y de lo injusto, que está grabado en el ánimo de los hombres asi por ejemplo, los incestos, los adulterios, y los hurtos son torpes é ilícitos por naturaleza, aun cuando haya habido alguna nacion que no los haya castigado y antes sí permitido. Platon 1. *de legib. Cic.* 1. *de legib. c.* 16.

Apud omnes populos). Entiéndese esto de los morigerados; pues lo que sea conforme á derecho natural se ha de deducir de los actos de aquellos que obran bien conforme á la naturaleza, no de los depravados, segun Arist. 1. *Polit.* 5. Aquí parece que tan solo se define la principal especie de derecho de gentes vulgarmente llamada derecho de gentes primario.

COMENTARIO.

1. *Una nacion sujeta al dominio de otra no puede establecer leyes, y hasta qué punto estatutos?*
2. *Esplicase é ilústrase con ejemplos la division del derecho civil en mero y mixto.*
3. *El derecho de gentes que aquí se define es realmente derecho natural.*
4. *Defiéndese, y esplicase la vulgar distincion del derecho de gentes en primario y secundario.*

1. *Quod quisque populus*). A saber, aquel pueblo que vive conforme á sus leyes y costumbres; pues si una nacion está sujeta al imperio de otra no tiene mas facultad de establecer leyes que la que le esté concedida por aquel á cuyo imperio está sujeta, *l* ἀξίωσις 9. *de leg. Rhod.* De ahí es que los municipios eran en esta parte de mejor condicion que las colonias; pues les estaba concedido que pudiese regir segun sus leyes y costumbres, al paso que las últimas debian seguir las del pueblo Romano, *Gel. l.* 16 *c.* 13. Por lo demás cualquier magistrado tiene en su territorio la facultad de establecer estatutos segun dicen los doctores en la *l. omnes populi 9. hoc. tit.*, de donde se ha sacado este párrafo. Estos estatutos empero, no valen sino en cuanto no derogan el dere

a) L. 2. tit. 1. P. 1.

cho comun, y aunque tengan validez es preciso advertir que no la tienen con fuerza de ley, sino que siempre queda salvo el derecho del superior de derogarlos por autoridad suya, *l.* 5. §. *Divus* 5. *ff. de sepulc. viol.* Schneid. en el §. *constat.* 3. *inf. eod.* dice, que se acostumbra pedir al superior la confirmacion de dichos estatutos; lo que aunque muchos dijeron que no era necesario, es con todo conforme á derecho, segun Gerónimo de Cevallos, y Christin. *volum.* 2. *decis* 55. *num.* 5.

Vocaturque jus civile). A saber *in specie*; pues el derecho civil en cuanto se toma por el derecho que en general rige en una nacion, comprende tambien el derecho natural y de gentes en lo que está recibido; en cuyo sentido las obligaciones que se derivan de los contratos de derecho de gentes se llaman civiles, aun cuando del legislador civil solo tengan la aprobacion, §. 1. *inf. de oblig.* Este derecho se dice civil por razon de la causa eficiente, que es la voluntad de la nacion ó de aquel que en ella tiene derecho de legislar; no á causa de la comun y natural razon de las gentes. Aristóteles le llama legítimo y vulgarmente se dice positivo.

2. Este derecho puede, para mayor amplificacion, dividirse de modo que el uno se llame *mero y civil simpliciter*, perteneciendo á él todas las leyes que son justas, y obligan únicamente en cuanto emanan del poder civil; tales como las adopciones, usucapiones, donaciones entre los conyuges, senados consultos Macedoniano, Velleyano, y Trebeliano, las leyes Elia Sencia, Junia Norbana, Fusia, Caninia, Furia, Voconia, Falcidia, y la ley de las doce Tablas en muchos de sus capítulos; y el otro *mixto ó civil secundum quid*, que es aquel que añade ó quita algo al derecho comun, ó determina aquello que segun éste está indeterminado, en cuyo sentido el matrimonio y la patria potestad, la tutela, los testamentos, las acciones y otras cosas del mismo género se dicen ser de derecho civil, en cuanto éste les ha dado cierta y propia forma y determinádolas de tal modo que sea cierto su uso, y solo para los ciudadanos escluyendo de la comunion de ellas á todos los estrangeros. Y de este derecho civil mixto ha de entenderse lo que dice Ulpiano en la *l.* 6 *de just. et jur.*, *que se convierte en derecho civil cuando se añade ó quita algo al derecho comun*; pues de otro modo todas las leyes ó casi todas las establecidas deberian llamarse de derecho meramente civil y positivo. Lo que generalmente es cierto es, que no merece el nombre de derecho aquel que directamente está en contradiccion con la razon del derecho natural *d. l.* 6. *al pr.*

Naturalis ratio). Dice el Emperador, *que el derecho de gentes es aquel que la razon natural estableció entre todos los hombres*: de ahí se sigue que este derecho no se ha de sacar de las leyes y costumbres de los pueblos, sino de lo que nos dicta que es justo la misma razon natural; esto es, el conocimiento de lo honesto y de lo torpe, de lo justo y de lo injusto, infundido en el ánimo de los hombres.

3. Por esta causa á cada paso se le llama derecho natural y tambien lo justo y lo bueno, la natural equidad y aun la naturaleza. Lo que es preciso advertir contra aquellos que niegan haya nada justo por naturaleza; sino tan solo por ley y costumbre, contra quienes disputan *Cic.* 1. *de legib. cap.* 16. y Aristóteles 5. *Eth.* 7. Así por ejemplo; la razon natural dicta que los delitos tales como el hurto y el adulterio son torpes por naturaleza, y deben castigarse *l. probrum.* 42 *de verb. sign. l.* 1. §. 3. *de furt.* Hanse con todo hallado algunas naciones entre las cuales semejantes maldades se permitian, y quedaban impunes segun *Gel. lib.* 11. *c.* 18. *Arnob. adv. gent. lib.* 8. Por derecho de gentes se comete incesto segun Paulo *l. ult. de rit. nupt.* en los matrimonios entre ascendientes y descendientes; lo que reconocen tambien los mas sanos filósofos, á pesar de que segun Ovidio *lib.* 10. *Metam. v.* 332.

Gentes tamen esse feruntur,
In quibus et nato genitrix et nata parenti
Iungitur.

Así que las costumbres bárbaras y depravado juicio de semejantes naciones no pueden hacer, que lo que es justo ó injusto, torpe ú honesto por naturaleza deje de serlo, segun Sócrates disputa en Xenoph. *lib.* 4. *memorab.*

Omnes gentes). Es decir, las naciones mas morigeradas; pues llámase natural, segun Miguel Ephesio en la Nicomachia, *aquello que se observa entre muchos hombres no corrompidos ni depravados, sino que obran conforme á la naturaleza*, y Aristót. 1. *polit.* 5. dice, que para saber lo que es natural ha de mirarse á *aquellos que se portan conforme á la naturaleza, no á los depravados*; muy bien lo manifiesta Salmas. *de usur. pág.* 245 *y sig.* El Emperador, empero, parece haber querido definir aquí tan solo la principal especie del derecho de gentes, á saber, el primario, segun así le llaman los doctores; pues esta definicion no puede acomodarse al derecho de gentes secundario, el que en el párrafo siguiente *vers. nam usu.* se define de

modo, que respeto del primario puede llamarse positivo; aunque fundándose tambien el secundario en la razon natural, y no estando establecido espresamente, ni introducido por sancion ninguna, sino recibido por el tácito y comun consentimiento de las gentes, en cierto modo es natural y puede distinguirse del positivo, y esto es lo que conceptúo sintió Arist. *d. l. 1. c. 4.* en donde dice que hay un derecho de gentes *por conveniencia ó por consentimiento público.*

4. Vamos ahora á esplicar en pocas palabras, en que razon se funda la distincion, que del derecho de gentes hacen los doctores en primario y secundario, como parece exigirlo este lugar. Esta distincion ha nacido de un doble modo de considerar la razon, ó mas bien el entendimiento del que juzga; pues así como la razon, segun nos enseñan los físicos, es ó simple y pura, que juzga sin discurso, y que los Griegos llaman νοῦς ὁ νοήσις, esto es entendimiento, inteligencia; ó compuesta y comparada, que cumple con sus funciones por medio del discurso, sacando las consecuencias por medio de la comparacion de diversas cosas, y que los Griegos llaman διάνοια λογισμὸς, esto es, razon, juicio; así tambien es de dos especies el derecho de gentes, uno que nace de aquella razon simple ó sea inteligencia, al cual pertenecen el culto Divino, la reverencia á los padres, el no dañar á nadie, el dar á cada uno lo suyo, el abstenerse de lo ageno y otros principios prácticos de la misma naturaleza, con los cuales convenimos espontáneamente sin argumento ni demostracion, y comprendemos que son justos sin ningun trabajo del entendimiento; y el otro que se deriva de la razon compuesta ó sea del raciocinio, que tiene discurso y comprende que alguna cosa es justa por medio de alguna hipótesis ó comparacion con otra cosa, al cual se refieren todas aquellas que han inventado algunos varones sábios para la comodidad de la vida comun, y la union de las Repúblicas y naciones entre si, y que se generalizaron entre todas ó la mayor parte de las naciones. Varios ejemplos de él tenemos en el §. *sig. vers. nam usu.* y otro tambien muy elegante en la *l. 1. ff. de contr. empt.* El derecho pues que nace de la simple persuasion le llamaron primario los doctores; el que de la razon compuesta secundario, el primario es inmutable; pero no así el secundario.

« Entre nosotros la facultad de hacer las « leyes reside en las Cortes junto con el Rey, « segun el articulo 12 de la Constitucion vi« gente. »

« La facultad de dictar bandos de buen « gobierno y policía local, corresponde segun « la nueva ley de Ayuntamientos á los corre« gidores en donde los haya y en su defecto « á los Alcaldes ó Ayuntamientos. Antigua« mente y segun la *l. 2. tit. 3. lib. 7. Nov.* « *Rec.* era preciso remitir dichos estatutos al « consejo real para que proveyese y deter« minase acerca de ellos. »

TEXTO.

Ab appellatione et effectibus.

2. Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur; veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quirinum, quo Quirites utuntur, Romani enim á Romulo, Quirites á Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti cuum Poetam dicimus: nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ jure quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt, naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pæne contractus introducti sunt, ut emptio et venditio, locatio et conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles.

TRADUCCION.

Diferencia entre el derecho de gentes y civil por su nombre y efectos.

A la verdad el derecho civil toma el nombre de cada ciudad; así sucede con el de los Atenienses; pues si alguno quiere llamar derecho civil de estos á las leyes de Solon ó Dracon no dirá mal: así tambien al derecho que rige al pueblo romano le llamamos derecho civil de los Romanos, ó derecho Quirino á aquel que usan los Quirites, pues los Romanos se llaman así de Romulo, y Quirites de Quirino. Mas siempre que no decimos el nombre de la ciudad á que pertenece, entendemos hablar de nuestro derecho, del mismo modo que cuando decimos poeta sin añadir el nombre se entiende entre los Griegos hablar del ilustre Homero, y entre nosotros de Virgilio. El derecho de gentes es comun á todo el género humano, pues las naciones establecieron para sí ciertas leyes que exigieron el uso y las humanas necesidades. Origináronse muchas guerras de donde se derivaron la cautividad y la esclavitud que son contrarias á derecho natural, pues segun este todos los hombres nacian libres desde un principio. Y de este derecho de gentes se ha derivado casi todos los contratos, como son la compra y venta, locacion y conduccion, sociedad, depósito, mútuo y otros innumerables.

NOTAS.

Usu exigente). La causa de este derecho

es en parte el uso y la necesidad, Aristót. 1. *polit.* Así es que S. Crisóst. *orat.* 76 le llama *invencion del uso y del tiempo*. Sirva de ejemplo la introduccion de la moneda á la que dió origen la dificultad de las permutas: *l. 1. D. de cont. empt.*

Necessitatibus humanis). Este pasage confirma la distincion ya recibida del derecho de gentes en primario y secundario: aquel, del cual he hablado en el párrafo primero, no se ha inventado ni escogitado por ecsigirlo así el uso; sino que ha nacido con nosotros, como es el culto Divino, la reverencia á los padres, el no dañar á nadie, etc.

Naturali juri contrariæ). Con todo, hipotéticamente hablando tambien se fundan estas cosas en la razon natural; por ejemplo, si repelemos con las armas la fuerza que se nos hace.

Omnes pœne contractus). Esta palabra *pœne* se añade *por precaucion de los Filósofos*; pues hay algunos contratos, tales como la estipulacion, la obligacion literal, y la donacion *propter nuptias* introducidos por el derecho civil, *l. 5. D. de just. et jur.*

COMENTARIO.

1. *El derecho Romano se observa entre todos los pueblos como una especie de derecho de gentes.*
2. *Confirmacion de la division del derecho de gentes en primario y secundario.*
3. *Hácese tambien necesaria una division en el derecho secundario.*
4. *Bajo que aspecto se oponen al derecho natural la guerra y sus efectos?*

Ex unaquaque civitate.) El derecho civil no tiene un solo y mismo nombre, sino que se apellida segun el de aquella ciudad que lo estableció, de modo que en esto se diferencia del derecho de gentes.

Solonis vel Draconis). Dracon fué el primero que dió leyes á los Atenienses sobre las cuales escribe Aristó. 2. *Polit.* 10. que nada notable contienen escepto la atrocidad de las penas; pues casi todos los delitos castigaba con pena capital, por lo que se cita aquello de Demadis, *que las leyes de Dracon fueron escritas con sangre y no con tinta;* Plutarch. *en Solon.* Posteriormente Solon derogó la mayor parte de ellas, dictando otras de las cuales se sirvieron los Atenienses con mucha felicidad, véase *Aul. Gell. l. 11. c. 18.* VINN. Triptolemo dictó leyes al pueblo Ateniense antes que Dracon, y acerca de ellas véase á *Porphyr.* 4. *de abstin. et animal. p.* 431. Posteriormente por la Olimpiada 39. Dracon, y Solon por la 46. año 5. dieron las suyas acerca de las cuales habla Pandulph. HEIN.

A Quirino Quirites). Segun muchos, despues de hecha la paz entre los Sabinos y los Romanos se convino entre los mismos que estos últimos se llamasen Quirites de *Cures* patria de Tacio rey de los Sabinos, Varr. 4. *de lings. Dionys. Halicarn. lib.* 2. Plutarch. *in Romul.* Segun otros los Romanos tomaron este nombre de Quirino. Hotomano, Cujac. wesemb. *Ovid.* 2. *Fastor.*, ponen tres causas por que se dió á Rómulo el nombre de Quirino.

1. *Nostrum jus*). Dícese así por escelencia: de la del derecho Romano discurre Marco Tulio sobre la persona de Craso *lib.* 1. *de orat. c.* 43. *y sig.* Hoy en dia el derecho civil de los Romanos se observa como una especie de derecho de gentes en casi toda la Europa, á lo menos en aquellos casos en que callan las leyes y costumbres propias. Mas aun: la interpretacion de cualquiera constitucion y costumbres que manifiestamente no le repugnen se guia segun la norma de este derecho, y aun cuando le contrarien sin embargo en caso de ambigüedad se mitigan por la equidad del mismo, y de tal manera se limitan que se opongan lo menos posible á él, acerca de lo cual docta y acertadamente discurre Diod. Tuld. *in comm. hic. cap.* 5. y con mas latitud *And. Gail.* 2. *obs.* 53.

2. *Usu exigente*). Este pasage confirma la ya recibida distincion del derecho de gentes en primario y secundario; aunque no deja de ser malo que Triboniano no la proponga con mayor claridad. El primario no ha sido introducido ni imaginado por los hombres, sino que nos ha sido infundido de la misma manera que aquellas primeras nociones de donde dimana han sido grabadas en nuestro entendimiento y corazon, segun el apóstol *c.* 2. *ad Rom.* El secundario) que para Grocio 1. *de Jur. Bell. c.* 2. *num.* 4. es voluntario) fué inventado por los hombres, y con cierto trabajo del entendimiento, despues de comparadas entre sí unas cosas con otras, imaginado para el comun uso de la vida y la conservacion de las gentes en sociedad; de modo que en parte la causa de este derecho es el uso y la necesidad segun Arist. 1. *Polit.*; por lo que S. Crisóstomo *oracion* 76 dice muy bien, que este derecho es *el hallazgo del tiempo y del uso*, y de ahí Dion. Prusæense le llama ley necesaria; sirviendo de mucho para probar este derecho la autoridad de los ilustres historiadores. Este derecho pues, no tanto se deriva de la luz de la razon, como del trabajo del raciocinio, y exigiéndolo así el uso, se ha acomodado tanto á la bondad de la naturaleza virtuosa como

á las necesidades de la corrompida, uniendo las Repúblicas y hombres entre sí con cierta alianza y pacto tácito. VINN. Mucho mejor seria si dijese que el derecho natural es aquel que fué promulgado par la recta razon, y entonces el derecho de gentes únicamente se diferenciará de él en su aplicacion; pues los mismos actos de la recta razon, segun se aplican á los negocios y transacciones de los hombres ó á los de todas las naciones se llaman de derecho natural ó de derecho de gentes; y de la misma manera que el natural es ó absoluto, ó hipotético; así tambien el aplicado á las transacciones de los pueblos siendo absoluto se dice primario por los doctores, y secundario siendo hipotético. HEIN.

Gentes humanæ). No porque todas las naciones hayan convenido en lo mismo con objeto de sancionar la ley, sino porque semejante derecho ha sido aprobado y recibido por todos por cierto consentimiento tácito á causa de su comun utilidad.

3. *Bella orta sunt*). Aun entre aquellas cosas que son de derecho de gentes secundario parece deber hacerse alguna distincion; pues desde luego que las sociedades humanas estuvieron constituidas, fué necesario distinguir los dominios, é introducir los contratos pero en cuanto á las guerras, vinieron despues cuando la malicia y codicia de los hombres las introdujo y por consiguiente tambien el derecho de guerra. Sábiamente Porcio §. præc. num. 3. dice: *las guerras son de derechos de gentes no dispositive, sino occasionaliter*, despues que se hubieron separado los dominios.

4. *Juri naturali contrariæ*). Las guerras y las cautividades y esclavitudes que las siguieron miradas por sí solas son enteramente contrarias á la razon natural; pues lejos de defender y conservar la sociedad humana, como así lo exige la utilidad de todas las naciones, se oponen á ella y la destruyen; hipotéticamente, empero, tambien se fundan en la razon natural. Pues si repelemos con la fuerza y con las armas el daño y la fuerza que se nos hace á nosotros ó á nuestros amigos; ó bien nos vengamos reduciendo á la esclavitud á los enemigos prisioneros, para que por temor á semejante pena se abstengan los malos en lo sucesivo de hacer daño, ninguno creo, negará que hay muchísima razon para obrar asi; acerca de esto volveremos á hablar mas latamente en el título siguiente.

Omnes pœne contractus). Esta palabra *pœne* se añade por circunspeccion de los Filósofos, y es una restriccion familiar á los Jurisconsultos, que con semejante partícula acostumbran escudarse á cada paso, cuando enuncian ó definen alguna cosa en general puesto que en el derecho toda definicion general es casi siempre peligrosa *l. omnis. difinitio.* 202. *D. de reg. jur.*; y así lo hace Justiniano aquí, teniendo sin duda en cuenta lo que en la *l.* 5. *de just. et jur.* dice Hermogeniano, que hay algunos contratos introducidos por el derecho civil aunque no espresa cuales sean. Vulgarmente se dice que estos son cuatro; á saber, la estipulacion, la obligacion literal, el contrato enfitéutico, y la donacion esponsalicia, pero si en realidad es así lo veremos en sus lugares respectivos. Lo que sí me atreveré á afirmar es que *simpliciter* y absolutamente no hay obligacion ninguna que sea de derecho civil, sino tan solo *secundum quid*, esto es, en cuanto del consentimiento solo nace obligacion por el derecho civil, bajo cierto modo y forma que este prescribe.

Emptio et venditio etc.). Pruébase que esto es así con la autoridad de los autores, aunque en las cuestiones en que se busca la verdad de una cosa, (como sucede en esta, en que se pregunta si alguna cosa es ó no de derecho de gentes); mas bien se ha de atender al peso de las razones, que no al número de los autores que así opinan, segun dice *Cic.* 1. *de natur, Deor. c.* 5. hallándose esto fuera de la potestad del legislador.

TEXTO.

Divisio juris in scriptum et non scriptum et subdivisio juris scripti.

3. Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut scripto, aut sine scripto: ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus est lex, plebiscitum, senatus consultum, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum.

TRADUCCION.

Division del derecho en escrito y no escrito, y subdivision del primero.

Divídese el derecho que nos rige en escrito y no escrito, lo mismo que entre los Griegos sus leyes, unas eran escritas y otras no escritas. Al derecho escrito pertenecen la ley, el plebiscito, el senado consulto, la voluntad de los príncipes, los edictos de los magistrados, y las respuestas de los prudentes.

NOTAS.

3. *Quo utimur*). Estas palabras faltan en la *l.* 6. §. 1. *D. de Just. et jur.* de donde se

ha sacado este párrafo, y tampoco las reconocen Cujac. Hotom. ni Wesemb.

Scripto aut sine scripto). Esta division del derecho civil está tomada de la forma y modo con que se constituyó, *d. l.* 6. §. 1.; pues el uno se sanciona espresamente y se promulga por escrito; al paso que el otro se introduce por el tácito consentimiento de los que lo usan, *l.* 32. *pr. D. de leg.*

Apud Græcos). Plat. *lib.* 7. *de legib.* Arist. 1 *Rethor.* y en 3. *Eth.* hace mencion de dos especies de leyes, escritas y no escritas.

Scriptum). Esta es una subdivision del derecho en seis especies. Papiniano en la *l.* 7. *D. de just. et jur.* solo enumera cinco; pues tomó al derecho civil en un sentido mas estricto, oponiendole el pretorio como una especie diferente; mas poco despues en la *l.* 8. del mismo título Marciano llama al derecho honorario voz viva del derecho civil.

COMENTARIO.

1. *La escritura no es de esencia de la ley*
2. *Desde que tiempo empieza á ser la ley obligatoria?*

El derecho escrito en la division propuesta no se opone á todo aquel que no lo es, pues tampoco lo es el derecho natural ni el de gentes; sino tan solo á aquel derecho que ha sido introducido por las costumbres y un largo uso; y en el mismo sentido el derecho se divide en ley y costumbre, tomando la palabra ley en una acepcion muy lata, por cualquier parte del derecho escrito. Está sacado este párrafo de la *l.* 6. §. 1. y de la *l. sig. ff. de Just. et jure.*

1. *Scripto aut sine scripto*). Esta division del derecho civil está tomada de un accidente y causa instrumental, pues la diferencia formal entre la ley ó el derecho escrito, y la costumbre ó el no escrito, no es la escritura, sino la voluntad espresa y la sancion del poder civil; así como por el contrario la forma y esencia de la costumbre ó derecho no escrito consiste en la tácita voluntad y consentimiento del pueblo que lo usa, §. *sine scripto* 9. *inf. cod. l. de quibus.* 32. *ff. de legib.* Manifiesta prueba de esto es, que aun cuando la costumbre se escriba no es ley, y por mas que la ley no esté escrita no es costumbre. Las leyes de los Lacedemonios no fueron escritas y sin embargo se sirvieron de leyes y una de sus llamadas ordenanzas ó retros, era no servirse de leyes escritas, Plutarch. *in Licurg. p.* 47. Y para dar un ejemplo sacado de la misma República Romana; ¿por ventura no era ley cualquier disposicion que el pueblo hubiese aprobado respondiendo con la fórmula, *Uti rogas* al magistrado que preguntaba, *Velitis, Jubeatis Quirites, etc.*? Todo aquello, pues, que sobreviene accidentalmente á una cosa que ya existe no es de su misma esencia; pero tal vez se diga que aquello sin lo cual la ley no obliga es esencial á la misma; es así que sin la escritura no puede obligar, puesto que sin ella no puede llegar á noticia del pueblo: *arg. l. leges sacratissimæ* 9. *C. de legib.* Sin decir nada de la principal proposicion, lo mismo que poco ha dijimos de las leyes de los Lacedemonios y el ejemplo que propusimos manifiestan la falsedad de la menor; y tambien es falsa la razon en que esta se funda, pues que ¿por ventura no puede promulgarse una ley por medio del pregonero? y ciertamente en la *l. humanum* 8. *Cod. de legib.* tan solo se propone el modo mas fácil de promulgar. Porque pues llamamos á la ley derecho escrito? no por otra causa, sino porque despues de dictada acostumbraba á escribirse, y á promulgarse ó esponerse al público grabada en tablas, para que pudiese conocerse mas facilmente, y probarse con menos trabajo. Era tambien costumbre entre los Romanos que aquel que quisiese proponer una ley, la promulgase por espacio de tres ferias ó sea viente y siete dias; esto es, que hablase acerca de su proyecto al pueblo, y que lo tuviese espuesto al público por escrito á fin de que éste pudiese tener fácil noticia del mismo, y pudiesen los copiistas trascribirla para aquellos que quisiesen hacerse con ella, segun se ve en la 2. *Agraria.* Ciertamente si la escritura fuese el único medio de promulgacion conocido en un pueblo, no habria dificultad en decir que en este caso seria necesaria para la fuerza de la ley, pues esta no consta ni obliga á los ciudadanos á su observancia bajo pena alguna antes que haya llegado á noticia de los mismos, lo que no puede tener lugar sino por medio de alguna promulgacion ó publicacion, *l.* 7. *con las dos sig. C. de legib. Perez ad Cod. de legib. num.* 28.

2. Obliga la ley luego despues de publicada? no hay duda ninguna y así lo observamos, menos cuando en la misma ley se prefija cierto periodo de tiempo, pasado el cual ha de empezar á regir, como sucede algunas veces. *Nov.* 57. *al fin. Nov.* 116. *c.* 1. Existe es verdad, una constitucion de las nuevas que concede el espacio de dos meses contados desde el dia de la publicacion para la observancia de todas las nuevas leyes, *Nov.* 66. *c.* 1. Pero esta constitucion la toman muchos, y acertadamente en el sentido de

que este espacio de tiempo aprovecha para la alegacion de la ignorancia, y para que esta se presuma en el entre tanto; no porque una ley promulgada obligue mas pronto á aquel á cuya noticia hubiese antes llegado. Y si alguno alegase ignorancia despues del transcurso de dicho tiempo se le tendrá que oir, pero de manera que estará tenido á probar la causa de la ignorancia alegada, *l. ult. de decr. ob. ord. fac.* Gundelin. 5. *de jur. nov.* c. 2. VINN. Derecho escrito es lo mismo que si se dijese promulgado, y no escrito lo mismo que no promulgado, habiendo sido tomada esta locucion de los Griegos, para quienes γράφειν νόμους no quiere decir escribir leyes, sino publicarlas. Así es que Liban *p.* 476. *Tom.* 1. dice que Licurgo γράψαι νόμους, esto es, escribió leyes, siendo así que todo el mundo sabe que las leyes de Licurgo no fueron trasladadas al papel. Plutarco *in Licurg. p* 47. De ahí tambien el decirse que el derecho civil derivado de los prudentes es no escrito, *l.* 5. §. 5. *y* 12 *ff. de O. J.* no porque no estuviese consignado en escritura, sino porque no fué solemnemente promulgado. Del mismo modo Platon en *Laercio lib.* 5. divide la ley en escrita y no escrita diciendo ser esta la que consiste en la costumbre. HEIN.

Scriptum autem jus). He aquí una subdivision del derecho escrito, que á la verdad no hace mucho para la autoridad de nuestro derecho actual, pues todo lo contenido en nuestros libros, se funda en la autoridad de Justiano *l.* 1. *y* 2. *C. de vet. jur. enucl.* Pero habiéndose este confirmado en razon de hallarse en el derecho antiguo, por lo mismo quiso aquí y en las Pandectas poner un testimonio del derecho de los antiguos tiempos, para que se entienda la historia del derecho constituido.

«En España así las leyes como las disposiciones generales del gobierno obligan en la capital de una provincia desde su publicacion oficial en ella, y en las demás poblaciones, despues de cuatro dias desde la misma. *L. de* 3 *y Real decr. de* 28. *Nov.* 1837. En realidad, puede decirse que la escritura es esencial á la ley entre nosotros y demás naciones modernas, pues es el único ó casi único medio de publicacion que conocemos. La ignorancia de la ley no escusa á nadie á pesar de la *l.* 21. *tit.* 1. *P.* 1., pues hoy ya todos los españoles son iguales ante la ley.»

«Además nosotros solo tenemos una especie de derecho escrito, á saber la ley. Esta necesita estar adornada de tres requisitos para ser obligatoria. 1.° Aprobacion de los cuerpos colegisladores. 2.° Sancion Real y 3.° Promulgacion. Antiguamente se conocian las Pragmáticas sanciones, Reales Cédulas, Reales resoluciones, Reales decretos, Cartas circulares, Reales órdenes y Autos acordados. Solo marcaremos la diferencia que existe entre Real decreto y Real órden, por ocurrir á cada paso, omitiendo el definir las demás por haber caido en desuso casi todas. Real decreto es toda disposicion que se estiende en las secretarías del despacho con la rubrica de S. M., para participar sus resoluciones á los tribunales de dentro de la corte, á los jefes de las casas reales, ó á algunos ministros. Real órden es toda disposicion que comunica alguno de los ministros del Rey por su mandato.»

TEXTO.

De lege et plebiscito.

4. Lex est, quod populus Romanus senatorio Magistratu interrogante (veluti consule) constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebejo Magistratu (veluti Tribuno) constituebat. Plebs autem à populo eo differt, quo species á genere. Nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam Patriciis et Senatoribus. Plebis autem appellatione sine Patriciis et Senatoribus cæteri cives significantur. Sed et plebiscita lege Hortensia lata non minus valere quam leges cœperunt.

TRADUCCION.

De la ley y del plebiscito.

Ley es todo lo que el pueblo Romano establecia á peticion de un Magistrado senatorio; por ejemplo, el Cónsul Plebiscito es lo que la plebe establecia á peticion de un Magistrado plebeyo como el Tribuno. Diferenciase la plebe del pueblo lo mismo que la especie del género; pues bajo el nombre de pueblo se entienden todos los ciudadanos inclusos tambien los Patricios y Senadores, y bajo el de plebe se comprenden los demás ciudadanos sin los Patricios y Senadores. Despues de la ley Hortensia los plebiscitos empezaron á tener la misma fuerza que las leyes.

NOTAS.

4. *Lex est).* El nombre de Ley se toma aquí en un sentido muy estricto, pues de otro modo significa todo el derecho escrito, y se opone á la costumbre como sucede á cada paso en nuestros libros, y en Cic. 1. *de legib. c.* 6.: muchas veces tambien se estiende tanto como la misma palabra derecho, y así sucede con la voz νόμος entre los Griegos.

Interrogante). Me pareceria mejor, como tambien á algunos otros, que dijese *rogante,* pues el magistrado preguntaba al pueblo con estas palabras *Velitis, Jubeatis, Quiri-*

tes, etc., y este respondia con una tablilla en que habia ó una letra A. que queria decir *antiquo* ó las letras V. R. que querian decir *Uti rogas.*

Veluti Consule). O tambien el Dictador y el Pretor, mas no asi el Censor. Hotomano añade el *Interrey;* pero equivocadamente; pues á los Interreyes no les era permitido convocar los Comicios con objeto de hacer leyes, segun se ve en 3. *in Rullum.*) Véase *Nic. Gruch.* 1. *de comit. Rom.* 3.

Plebiscitum). Derivase esta palabra de *sciscere*, que quiere decir, decretar, establecer, y no de *scire*, saber. Fabrot.

Veluti Tribuno). Solo los tribunos tenian la facultad de proponer leyes á la plebe y no ningun otro Magistrado plebeyo.

Quo species á genere). Mas bien hubiese dicho como la parte del todo, pues el pueblo es un todo, que consta de sus partes; á saber, la plebe y los Patricios; con todo algunas veces se dijo pueblo en vez de plebe. La glosa greco latina dice, δῆμος, esto es, pueblo, vulgo.

Lege Hortensia). Primero se dió la ley Horacia cuando la sedicion del Aventino; despues la Hortensia en la del monte Janiculo. Cujacio *ex Liv. y Plin. Gell.* 15. *cap.* 27. Vinn. Tres fueron las leyes que acerca de esto se dictaron. 1.ª La Horacia en el año de la fundacion de Roma 406. *Liv.* III. *y* 55. 2.ª La Publilia el año 416. *Liv.* VIII. *y* 12. Y finalmente la Hortensia el año 466. *Epit. Liv. lib.* 11. *Gell. XV.* 27. Hein.

COMENTARIO.

1. *Diversos significados de la palabra ley.*
2. *No todos los Magistrados senatorios tuvieron el derecho de dictar leyes en los comicios.*
3. *Los Patricios en cuanto á la familia se diferencian siempre de los plebeyos; pero no así en cuanto al órden.*

Siguese la esplicacion de cada una de las partes del derecho escrito, que nosotros ilustraremos con algunos recuerdos de la antigüedad, pues su ignorancia da márgen á muy crasos errores.

1. *Lex est*). Dicese Ley *á legendo* segun Cic. *lib.* 1. *de legib. c.* 6. pues en la ley hay la fuerza de la eleccion, en cuanto manda lo que es honesto, y prohibe lo contrario. (a) De ahí es que la palabra ley no se estiende menos que la palabra derecho, pues lo mismo decimos que alguna cosa está prohibida, ó permitida por la ley natural, como por el derecho natural, segun ocurre á cada paso en Ciceron. Muy frecuentemente, empero, llamamos ley aquella que sanciona por escrito alguna disposicion, y es muy vulgar en este sentido dicha palabra segun atestigua el mismo Ciceron *d. lib.* 1. *de legib. c.* 6; y no toda sancion escrita en un sentido estricto es ley, sino aquella que obliga á todo el pueblo, por cuya causa los plebiscitos no se llamaron leyes desde un principio, pues solo obligaban á una parte de los ciudadanos. Mas despues de la ley Hortensia los plebiscitos pudieron llamarse leyes con la misma propiedad que las que hubiese dictado el pueblo por centurias.

2. *Senatorio Magistratu*). La ley se proponia en los comicios centuriados por aquellos Magistrados que tenian el mayor poder en la República como eran los Cónsules, Dictadores y Pretores; mas no por todos los Magistrados senatorios, y curules como el Censor, Interrey ó Ediles curules. Pues aunque los Interreyes pudieran convocar los Comicios por centurias con objeto de nombrar los Magistrados, no podian hacerlo para dictar leyes segun se desprende de 3. *in Rullum*, á causa de que durante el interregno nada podia hacerse con el pueblo sin que se hubiesen subrogado los Magistrados Ordinarios. Tampoco encontramos que los Censores propusiesen jamás ley ninguna en los Comicios centuriados, pues las leyes Censorias que hallamos en algunos autores deben tomarse por las firmas de los mismos Censores segun *Cic. pro Cluentio.* Que tuvieron con todo el derecho de convocar al pueblo se demuestra por lo que nos dice Livio acerca del modo de establecer el lustro. Finalmente tampoco se encontrará en parte ninguna, que los Ediles Curules convocasen comicios, pues nunca tuvieron facultad de obrar con el pueblo escepto en la imposicion de multas, acerca de lo cual véase á Nic. Gruch. *lib.* 1. *de comitiis Rom. c.* 3. *y lib.* 2. *c.* 3. Vinn. Además de los Cónsules, Dictadores y Pretores hubo otros Magistrados extraordinarios que dictaron leyes, tales como los Tribunos militares con potestad Consular y los Decemviros. Acerca de los Censores no sé que decir á causa de la ley *Cæcilia de fullonibus* dictada por el Censor si hemos de dar crédito á Plinio *Hist. N.* 35. 17. Hein.

Interrogante). El Magistrado preguntaba al pueblo con estas palabras *Velitis, Jubeatis, Quirites, etc.* y aquel respondia con una tablilla en que habia la letra A. ó U. y R. segun sabemos por muchos lugares de los antiguos: véase á Agell. *lib.* 10. *c.* 20.

Veluti Tribuno). Los Tribunos y los Ediles

(a) L. 1 tit. 1. P.

plebeyos eran los propios Magistrados de la plebe, pero nadie ha dicho que los Ediles hubiesen propuesto leyes. Los plebiscitos se dictaban en los Comicios por tribus, y las leyes en los Comicios por centurias ó por curias acerca de lo cual los amantes de la antigüedad pueden consultar á Sigonio y á Gruchio, quienes espresamente escribieron de los Comicios Romanos y de los asuntos que acostumbraban tratarse en ellos. Tambien diremos algo sobre los mismos mas adelante en el §. 1. *de testam. ord.* VINN. Hay muchos ejemplares de haberse dictado leyes en Comicios por tribus pues los Magistrados mayores ó senatorios convocaban las tribus para votar: sirva de ejemplo la ley *Quintia apud. Frontin. de aquœduct. et Reines. Inscript. clas.* 7. §. 10. HEIN.

Quo species á genere). Mas bien hubiese dicho como la parte del todo; aunque el genero es tambien cierto todo, pero universal, y la especie es una parte sugeta al género; pero el pueblo no es un todo de esta naturaleza sino que está compuesto de sus partes, a saber la plebe y los patricios.

3. *Sine Patriciis et Senatoribus*). Dícese esto con referencia á los antiguos tiempos en que solo los Patricios tenian derecho á los honores y dignidades, pues desde que la plebe pudo tener entrada en la Magistratura y en el Senado dejaron de oponerse los senadores á los plebeyos. No hay duda que los Patricios en cuanto á la gente ó sea familia siempre se diferenciaron de los plebeyos. Digo en cuanto á la familia, pues por lo que hace á la distincion de las órdenes por el censo de cada cual, es cierto que muchas de las familias Patricias que no tenian el censo ecuestre ó senatorio estuvieron en el órden plebeyo, y por el contrario muchos de los plebeyos en el órden ecuestre ó senatorio; y antiguamente tambien (antes que los senadores empezasen á ser del censo máximo, lo que segun Plinio en el *Proem. lib.* 14. sucedió en tiempos posteriores) los mismos senadores que eran de un censo inferior se contaban entre la plebe, y si querian votar debian hacerlo con la quinta clase: véase á Gruchio *lib.* 1. *de comit. Rom. cap.* 4.

Lege Hortensia). Al principio no todos los ciudadanos sino tan solo una parte de ellos quedaba obligada con las leyes Tribunicias. L. Valerio y M. Horacio, fueron los primeros que, cuando aun estaba en duda de si los plebiscitos obligaban á los Patricios, dieron una ley en los Comicios centuriados por la que se mandaba que lo que la plebe dispusiese convocada por tribus obligase á todo el pueblo. Hizose esto en el año de la fundacion de Roma 304, despues de la segunda sedicion del monte Aventino, Livio *lib.* 3.; y confirmóse posteriormente con la ley Hortensia dada por Q. Hortensio Dictador en la tercera revolucion del monte Janiculo, en el año 367 y por segunda vez por el Dictador Q. Publio el año 413: véase á Liv. *lib.* 8. *Flor in epit.* 71. *Gell. lib.* 15. *c.* 27. VINN. Muy alterado está aqui el órden de los tiempos: véase lo que dijimos mas arriba en las notas de este mismo párrafo. HEIN.

Non minus valere quám leges). *Hizose de tal modo*, dice Pomponio, *l.* 2. §. *deinde* 8. *de orig. jur.*, *que entre la ley y el plebiscito hubiese la diferencia en el modo de darse, pero que su poder ó fuerza fuese el mismo*; en una palabra, que los plebiscitos en realidad fuesen, y se llamasen leyes.

TEXTO.

De Senatus consulto.

5. Senatus consultum est, quod Senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causa; equum visum est, Senatum vice populi consuli.

TRADUCCION.

Del Senado consulto.

Senado consulto es todo aquello que el Senado manda y establece; pues habiéndose aumentado el pueblo Romano de tal modo que era dificil convocarle con objeto de sancionar las leyes, pareció conveniente que el Senado deliberase en vez del pueblo.

NOTAS.

5. *Auctus esset populus)*. Así se dice en la ley 2. §. 9. *D. de orig. jur.* Si fué esta, empero, la causa, ó mas bien la ambicion y astucia de los Césares, véase á Tácit. 1. *annal c.* 15. y á Suetonio sobre *Tiber. c.* 30. De que manera se hacian los Senado consultos véase á Varron *sobre Gelio lib.* 14. *c.* 7. En las notas S. C. y D. quiere decir *Senatus consultum decrevit. Grot.*

COMENTARIO.

1. *Cuando y de donde recibió el Senado la facultad de establecer leyes?*

1. Es sabido que en el tiempo de la República el derecho de hacer leyes pertenecia únicamente al pueblo y no al Senado, quien por determinacion pública tenia solamente facultad para conocer y dictar disposiciones acerca de aquello que pertenecia al gobierno

de la República, y aun de tal modo que lo que era de mayor importancia no producia efecto ninguno á no ser que fuese confirmado por el pueblo ó por la plebe. Polyb. *lib.* 6. *c.* 12. *Dion. Halic. lib.* 4. *y* 7. Tampoco leemos que por ningun Senado consulto se hubiese introducido algun derecho nuevo ó derogado el antiguo, y ni aun bajo el imperio de Julio y de Augusto se hace mencion ninguna de semejantes Senado consultos, sino tan solo de las leyes ó plebiscitos. De ahí es, que no hay duda ninguna sobre lo que Bodin. *lib.* 1. *de republ. c.* 10. escribe; á saber, que desde la espulsion de los Reyes hasta la dominacion de Tiberio César, no pudo el Senado Romano dictar leyes sino únicamente decretos anuales, los cuales no obligaban al pueblo ni á la plebe, y así manifiestamente se equivoca Connan. *l.* 2. *c. de Senat.* al conceder al Senado Romano la facultad perpétua de establecer leyes. Pues Dionis. Halic. en dicho *lib.* 4. nos dice espresamente que los Senado consultos no tenian fuerza ninguna a no ser con la aprobacion de la plebe, y que aun aquellos mismos que el pueblo habia aprobado eran tan solo anuales, á menos que por medio de una proposicion al pueblo ó á la plebe alcanzasen fuerza de ley. Como, pues, conciliarémos lo que nos dice el Jurisconsulto en la *l.* 9. *ff. de legib.*, *que no hay duda ninguna en que el Senado puede hacer leyes*? Esto quiere decir, que aun cuando no podia estando íntegra la República, empezó con todo á verificarlo despues de la traslacion de los Comicios del campo de Marte al Senado, lo que efectuó Tiberio por primera vez, segun Tácit. *l.* 1. *annal. c.* 10. Pues el Dictador César segun Suetonio *sobre Julio c.* 41., *no quitó del todo al pueblo el derecho de los Comicios, sino que lo dividió con el*; y posteriormente Augusto lo limitó despues que habia sufrido una larga interrupcion en las guerras civiles; y en este sentido entiendo lo que dice el mismo Suetonio *c.* 40. *sobre Augusto, de que éste limitó el primitivo derecho de los Comicios*, siendo del mismo parecer Just. Lipsio, y yo tambien segun las palabras de Tácito que pone en seguida; pues *hasta aquel dia*, dice, *aun cuando los asuntos principales se determinaban por la voluntad del Príncipe, con todo se hacian aun algunas cosas por los votos de las tribus*. Desde aquel tiempo, pues, enmudeciendo las leyes y los plebiscitos, el Senado empezó á establecer el derecho, aunque no tanto por su propia autoridad como por cierta connivencia é indulgencia de los Príncipes, como nos lo enseña Tácito, y lo prueban las oraciones que pronunciaban los Príncipes en el Senado antes de darse un Senado consulto. Trasladado por último el imperio á Oriente, y mudada del todo la forma de la República desapareció este poder del Senado, y aun Leon el Filósofo se lo quitó espresamente *Nov. Leon* 78.

Nam cum auctus). Cométese aquí una *etiologia* pues segun Livio *l.* 1. *c.* 17. y Dionisio Halycarnaso *l.* 2. *y* 6. *p.* 392., sabemos que el orígen del Senadoconsulto era muy antiguo, y que desde la fundacion de Roma hubo una ley que lo ponia todo en manos del Senado, escepto la creacion de los Magistrados, la sancion de las leyes y la facultad de declarar la guerra, y hacer la paz. Pero tal vez quiso Justiniano decir lo que Pomponio en la *l.* 2. §. 9. *de orig. jur.* á saber, que aumentado el pueblo de tal modo que con mucha dificultad podian todos reunirse, la necesidad hizo que pareciese conveniente que el Senado deliberase tambien acerca de aquellas cosas, que antes decidia el pueblo; pero esto tambien es falso como se demuestra evidentemente por lo que poco antes dijimos; y así el poder del pueblo fué trasladado al Senado por la astucia de los Césares, quienes segun dice Tranquilo *sobre Tiberio c.* 29. *y siguientes, al aumentar el poder del Senado acrecentaban el suyo propio.*

« Antiguamente teniamos en España una « especie de Senado consultos en los llamados « *Autos acordados*, que no eran mas que unas « leyes que con acuerdo del Rey establecia su « supremo Consejo. Diferenciábanse de los Se- « nado consultos romanos en que estos no ne- « cesitaban de la sancion del Príncipe, al paso « que los Autos acordados no tenian fuerza « ninguna sin el consentimiento del Rey. *L.* 9. « *tit.* 3. *lib.* 3. *Nov. Rec.* »

TEXTO.

De Constitutione.

6. Sed et quod Principi placuit, legis habet vigorem, quum lege regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat. Quodcumque ergo Imperator per Epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat. Hæc sunt, quæ constitutiones appellantur. Plané ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem cum generales sint, omnes procul dubio tenent.

TRADUCCION.

De la Constitucion.

Todo lo que quiere el Príncipe tiene fuerza de ley, (a) pues por la ley régia que se dió acerca de su imperio, el pueblo le concedió á él y por él todo su imperio y potestad. Todo pues lo que establece el emperador por medio de una epístola, ó decreto á sabiendas, ú ordena en un edicto es sabido que es ley, y estas son las llamadas constituciones. De ellas unas son personales que no sirven de ejemplar, porque el Príncipe no lo quiere; pues cuando recompensa á alguno por su mérito, ó le impone alguna pena ó le favorece sin ejemplar no pasa esto de la persona. Otras siendo generales obligan indudablemente á todos.

NOTAS.

6. *Lege Regia*). Segun la ley 1. *D. de constit princ.* se llama ley del Imperio *l.* 3. *C. de test.* Sobre la ley régia véase el índice de las leyes Romanas de Hot.

Per Epistolam). Epístola es un rescripto del Príncipe en que este responde á los que le consultan acerca del derecho, segun se ve á cada paso en el Código.

Decrevit). Llámase decreto del Príncipe cuando el mismo conoce de una causa, y con audiencia de las partes pronuncia el fallo, *l.* 3. *D. De his quæ in test. del.* En la Glosa de las Basilicas se lee, ἀποφάσισ Βασιλικὴ, esto es, decreto real.

Edicto præcepit). Edicto es cuando el Príncipe *motu proprio* establece algo para la honestidad y utilidad de sus súbditos. Teophil. y *l.* 3. *C. de legib.* Semejantes constituciones se dirigen casi siempre á los prefectos del pretorio, *l.* 6. *C. de secund. nupt.* y otras semejantes. Vinn. Tambien se dirigian los edictos á los presidentes como en la *l. un C. de Theodos. de Strator. lib.* 6. *tit.* 31., y tambien á los provinciales, *l.* 17. *C. Th. de tiron. l.* 7. *tit.* 13. Hein.

Personales). Son los que en Latin se llamaban *privilegia*, á causa de que los antiguos llamaron *priva* lo que nosotros decimos *singula*. Gell. 10. c. 20. Tales son los privilegios de los militares, doctores, estudiosos etc.

Pœnam irrogavit). Esto es, mas grave de la ordinaria para que sirva de ejemplar, y de paso advierto que los privilegios no solo pueden concederse en favor sino en contra de alguno, como el dado contra Milon por Pompeyo y contra Ciceron por Clodio.

Personam non transgreditur). Este derecho no produce ulteriores consecuencias, *l.* 24. *D. de legib.*; no pasa á los sucesores *l.* 68. *l.* 196 *de reg. jur.*

(a) L. 2. tit. 1. P. 2.

COMENTARIO.

1. *Por la ley régia todo el poder del pueblo se traslada esclusivamente al Príncipe.*
2. *Espónense las diversas especies de constituciones.*
3. 5. *Que cosas sean y de cuantas maneras, como tambien que fuerza tengan las constituciones personales y privilegios.*
4. *Los privilegios no se usan tanto en un estado democrático como en uno monárquico.*
6. *De los rescriptos obtenidos contra derecho, y de las súplicas sub y obrepticias como tambien de la prescripcion moratoria.*

Lege Regia). Estas son las mismas palabras de Ulpiano en la *l.* 1. *de const. princ.* Que esta ley fué dada bajo Augusto, y que la siguió un Senado consulto en el mismo sentido, como tambien que en dicha ley se concede al Príncipe todo el poder del pueblo, y que le puso sobre la ley, se prueba con el testimonio de Dionisio, quien hablando de los Príncipes en el *lib.* 53. dice, λέλυται τοῖσ νόμοισ ὡσ αὐτὰ λατεῖνα ῥήματα λέγει, esto es, no están sujetos á las leyes segun suenan las mismas palabras latinas, lo que no puede entenderse de las palabras de ninguna otra ley. Esta misma es la llamada ley del imperio *l. ex imperfecto*, 5. *C. de testam.*

Ei, et in eum). Estas palabras *in eum* las interpretan Theoph. Hotom. y Wesemb. como que quisiesen decir *contra si;* pero esto es demasiado sutil, pues es probable que el pueblo empleó estas palabras en la fórmula de la ley para manifestar su espresa voluntad de transferir del todo, todo su poder. Fabrot. Vinn. Ger. Nood, *obs.* 1. *y* 5. nos cita vários otros ejemplos en que por un pleonasmo semejante á este se dice *omnia et in omnibus*, y nos enseña que *ei et in eum* significa lo mismo, siendo de igual parecer, Andr. Dukero *de Latin. Ict. Vet. p.* 524. Hein.

1. *Omne imperium et potestatem*). De ahi se deduce que el pueblo no conservó su antiguo poder, comunicándolo tan solo con el Príncipe, segun opinan los que afirman, que el pueblo no confirió al Príncipe su poder *privativé* sino *cumulative*, cuyo error reluce en contra de los mas conocidos principios de política, y es demasiado claro para que merezca refutarse. Ciertamente no niego que los derechos de la magestad pueden dividirse de modo que no residan todos en el Príncipe que nombra el pueblo, sino que queden algunos en los magnates ó en el mismo pueblo, y se establezca así un gobierno moderado ó mixto; pero si digo que los mismos derechos de la magestad no pueden á la vez transferirse y retenerse. Nada hace para el caso que los Príncipes se abstuviesen de emplear lo,

nombres de ley ó de Señor, que tanto aborrecia el pueblo; pues ejercian el poder real bajo otro nombre segun Dion. en *dicho lib.* 53; lo que no ecsamina con bastante cuidado Gudelino *lib.* 5. *de jur. noviss. c.* 2., y mucho menos aun el derecho imaginario del pueblo en dar su voto, ó la autoridad precaria del Senado de establecer leyes; pues segun nos dice Tácito quedaban en aquel tiempo algunos *vestigios de la libertad moribunda*. Y con mucho acierto dijo Juvenal en su *Sátira* 10. hablando del pueblo Romano,

Qui dabat olim
Imperium, fasces, legiones, omnia, nunc se
Continet, atque duas tantum res anxius optat,
Panem et Circenses.

2. *Quodcumque ergo Imperator).* Las constituciones de los Príncipes no son de una sola especie; debiéndose tomar su division de la causa final, esto es, del objeto é intencion del Príncipe; pues ó expresa y directamente trata este de establecer un derecho nuevo y dar una ley; (lo que se hace, no solo cuando generalmente y *motu proprio* establece algo para el uso de sus súbditos, llamándose esta especie de Constitucion *edicto, y ley edictal, l.* 6. *C. de sec. nupt.* con otras semejantes; sino tambien cuando responde á los Magistrados que le consultan acerca de alguna duda sobre el derecho; aunque Theophilo hace á este género de Constitucion una especie de la epístola); ó bien no trata principalmente de establecer algun derecho en comun, sino de dirimir alguna contienda entre las partes, y no obstante, lo que establece tiene fuerza de ley atendida la escelencia y dignidad de su persona, *l.* 1. §. 1. *ff. de constit. Princ. l. ult. C. de legib.*; (a) siendo así que las cosas juzgadas por los Jueces no perjudican á otros, *tit. C. res int. al. act. vel. jud. al non. noc.* (b), ni tampoco las mismas sentencias dadas en el consistorio del Príncipe, ó por esto mismo con referencia á consultas de los [illegible]es, *l.* 2. *l.* 3. *C. de legib.* Véase á Chris[illegible] *vol.* 2. *decis.* 63. *num.* 3. *y sigg. et vol.* [illegible] *decis.* 111. *n.* 8. *y* 9. Dos son las especies de este último género, á saber la *epístola* y el *decreto*. Llámase propiamente epístola cuando el Príncipe responde á los particulares que le consultan acerca de su derecho; y decreto cuando el mismo conoce de una causa y pronuncia la sentencia despues de oidas las partes, como, segun nos lo atestiguan los antiguos historiadores acostumbraban hacerlo los Príncipes de otros tiempos, y de ello tenemos un elegante ejemplo en la *l.* 3. *ff. de his quæ in test. del.* VINN. Otros ejemplos hay tambien en la *l.* 13. *ff. quod. met. caus. l.* 41. *ff. de inst. hær.* Véase á Jac. Gothofr. en la *l. ult. C. Th. de offic. jud. num.* donde se trata estensamente de la forma que observaban los Príncipes en sus decretos. HEIN.

3. *Quædam sunt personales).* Habiendo dicho antes que no solo lo que los Príncipes mandaban por un edicto tenia fuerza de ley, sino tambien lo que establecian por medio de una epístola ó decretaban á sabiendas tenia dicha fuerza, aun en otras causas y respeto de otras personas, ahora lo modifica con la excepcion que Ulpiano pone en dicha *l.* 1. §. 2. *ff. de const. Princ.* á saber, *á no ser que aparezca ser otra la voluntad é intencion del Príncipe*, pues hay algunas constituciones personales con las cuales se establece un derecho singular en favor de determinadas personas. (c) Estas son las que los latinos llamaban *privilegios*; pues los antiguos decian *priva* á lo que posteriormente se llamó *singula*, segun *A. Gelio lib.* 10. *c.* 20. y Festo sobre el vocablo *privus* en donde *Jos. Scal.* dice en sus notas; *Siento que en Ciceron se substituyese la palabra privatum en lugar de esta (privum)* como tambien en la oracion *pro domo c.* 17. *Vetant. leges sacratæ, vetant* 12. *Tabularum leges privis hominibus irrogari.* Pero hoy dia se lee *privatis c.* 19.; y el mismo 3. *de legib. Tantum majores in posterum providisse, in privatos homines leges ferri noluerunt. Cum Cicero scripserit in privos homines. Subjicit enim: Id enim est privilegium. Postea interpretatur, ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt.* Dice Justiniano que semejante constitucion personal, privilegio, ó sea derecho singular no sirve de ejemplo, ni pasa de la persona no siendo la mente del Príncipe cuando establece alguna cosa por causa de Ticio ó de Sempronio el que semejante derecho se observe generalmente, ó pase á otros. De las mismas palabras se deduce que en este lugar no se trata de los privilegios causales ó reales, sino de los personales á los cuales da origen solamente la condicion de la persona; tales como los privilegios de los soldados, de los doctores, de los estudiosos etc. y tambien la inmunidad concedida á ciertas personas *l.* 1. *de jur. inmun.*, el derecho de tácita hipoteca que en la exaccion de la dote se concede á la muger sobre los bienes del marido, y espresamente por Justiniano en

(a) L. 14. tit. 22. P. 3. al fin.
(b) L. 20. tit. 22. P. 3.

(c) L. 28. tit. 18 P. 3. al fin.

union con este privilegio el de prelacion sobre los otros acreedores hipotecarios, aun sobre aquellos que tienen prioridad de tiempo *l.* 12. *C. qui pot. in pig.* Tambien puede referirse aquí el beneficio concedido al padre, patrono, marido, donante etc. de que no sean condenados mas que en lo que puedan *l. sunt qui* 16. *y sigg. de re jud. l.* 11. *et seqq. sol. matr.* Estos y otros semejantes privilegios personales se estinguen faltando la persona á la que están concedidos, y no pasan á los sucesores *dd. ll. l. in omnibus* 68. *l. privilegia* 196. *de reg. jur.* á no ser que lo contrario se prevenga espresamente en el mismo privilegio *l.* 4. *de jur. inmun.* (a) Mas aquellos privilegios que se conceden por razon de alguna causa, mas bien que por consideracion á la persona pasan tambien á los herederos y demás sucesores, *d. l. in omnibus* 68. *y d. l. privilegia* 196. *ff. de reg. jur.* De este género son las inmunidades generalmente concedidas á algunos lugares, ciudades ó familias *l.* 4, §. 5. *ff. de sensib.* los plazos de tiempo que se conceden á los condenados en juicio *l.* 29. *ff. de re jud.*; el derecho especialmente privilegiado de sacar las impensas funerarias *l. pen. junct. l. filius fam.* 31. §. *ult. ff. de rel. sumpt. fun. etc.*; acerca de lo cual véase á *Pet. Fab. ad D. l. in omnibus* 68 *y d. l. privilegia* 196. *ff. de reg. jur.*

4. De paso advertiré que los privilegios son mucho mas frecuentes en un estado absoluto que en uno democrático; pues en el régimen popular debe observarse mas la igualdad. Por cuya causa en una ley de las 12 tablas se mandaba que no se concediesen privilegio, segun Cic. *pro dom. sua.*, lo que pudieron haber sacado los Decemviros de los Griegos de una oracion de Demóstenes contra Aristocrates. Por lo demás esto era de derecho comun y ordinario; pues estraordinariamente en virtud de su supremo poder se concedian algunas veces por el mismo pueblo privilegios, pero tan solo en los Comicios centuriados Cic. 3. *de legib. c.* 19. Tal fué entre los Romanos aquel por el que se concedia poder entrar en la Magistratura antes de lo que permitian las leyes; así tambien los Atenienses que no admitian el testimonio de ningun injuriado remitieron el juramento en favor de Xenocrates Diog. Laer. *in Xenocr.*

5. *Ob meritum indulsit*). Propónense en este lugar tres especies de constituciones personales; á saber, (b) si el Príncipe recompensa á alguno por su mérito, por ejemplo librándole de los cargos públicos; si le impone alguna pena (mas grave se entiende que la ordinaria) para ejemplar; si favorece á alguno, como si le hizo gracia de la pena merecida, y aquí de paso notaremos que los privilegios no solo pueden darse en favor, sino tambien en contra de alguno; como Cn. Pompeyo contra Milon y contra Ciceron Clodio, Cic, *pro domo sua, c.* 17.

6. Lo que no podemos pasar por alto es, que no desde el momento que alguno alcanza un privilegio del Príncipe tiene ya fuerza desde luego; pues en primer lugar los rescriptos de los Príncipes dados contra derecho ó utilidad pública no deben ser admitidos por los Jueces segun las constituciones de los mismos emperadores; (a) á no ser que aprovechen al suplicante sin perjudicar á otro, ó indulten de algun crimen *l.* 3. *et* 7 *C. de prec. imp. off. l. ult. C. si cont. jus vel util. pub.*: ó bien, aun cuando sea con daño de otro si se concede tan solo al deudor la prescripcion moratoria como en la ley 2. *C. de prec. imp. offer.*; esto es, una excepcion dilatoria, excepcion, que no destruye la accion, sino que la difiere junto con la demanda hasta de allí á cierto tiempo, concediendo al deudor un respiro para pagar. Aun en este caso empero, únicamente valdrá el rescripto dando el deudor fianza idónea de que cumplirá con el pago *l.* 4. *C. d. tit.*, lo que tambien está dispuesto por Cárlos 5.° edicto de 19 de Mayo de 1544 art 32. (b) En segundo lugar, si se ha obtenido el privilegio del Príncipe con ocultacion de la verdad (en cuyo caso se llama obrepticio,) ó por medio de alguna falsedad (tomando entonces el nombre de subrepticio) está mandado que no disfrute del beneficio del rescripto aquel que lo impetró, *l.* 2. *C. de legib. l. pen C. si cont. jus vel util. pub.* (c) Entrambas cosas se deducen de la voluntad y mente del Príncipe, pues no se cree que este quiere conceder nada contra la utilidad pública, ó de otro modo que fundándose las súplicas en la verdad *l.* 7. *C. de div. resp. l. pen. et ult. C. si cont. jus. et lib. Groeneu tract. de ll. abr. Gail.* 1. *obs.* 14. Véase un ejemplo de esto en la *l.* 1. *ff. de natal. restit.* De ahí es que semejantes rescriptos deben rechazarse por las curias, ó segun hoy se dice *interinarse* ó sea *suspenderse*.

(a) Reg. 27. tit. fin. P. 7.
(b) L. 49. y las dos sig. tit 18. P. 3.

(a) L. 31 y sig. tit. 18. p. 3. Aut. acord. 70. L. 2. y 3. tit. 4. lib. 3. Nov. Rec.
(b) L. 33. tit. 18. P. 3. Aut. acord. 79. tit. 4. lib. 3. Nov Rec.
(c) L. 36. tit. 18. P. 3 Aut. acord. 79. tit. 4. lib. 3. Nov. Rec.

«Los privilegios tales como los esplica «nuestro autor, y como en efecto los com«prendió el derecho romano, puede decirse «que no los conocemos hoy dia, desde que «por la Constitucion quedan todos los espa«ñoles iguales ante la ley. Esto por lo tocan«te á los privilegios individuales, esto es, con«cedidos á ciertos y determinados individuos; «pues por lo relativo á aquellos beneficios «introducidos por diversas causas á favor de «una clase entera, p. e. el privilegio de la «menor edad, no hay duda que han que«dado subsistentes, pues que no destruyen «esa igualdad que intentó establecer el le«gislador; aunque con propiedad tampoco «pueden llamarse estos, privilegios. Así es «que podemos absolutamente sentar que no «ecsisten entre nosotros, especialmente los «odiosos; pues en cuanto á los favorables, «aun nos ha quedado un débil vestigio de «los mismos en lo que llamamos privilegios «de invencion, y en las concesiones hechas á «determinados individuos ó empresas que «toman á su cargo la construccion de una «obra de pública utilidad. Estas concesiones «las hace el poder real por sí solo.»

«Tampoco conocemos la moratoria como «la conocieron los romanos y nosotros mis«mos, no hace aun muchos años; pues hoy «dia no depende del arbitrio del Rey, sino de «la voluntad de la mayoría de los acreedores «el conceder este beneficio al deudor, de«biendo este para conseguirlo acudir al juez «de 1.ª instancia, para que convoque á to«dos los acreedores, ó recurrir á cada uno «de estos en particular. Una vez logrado su «consentimiento no está tenido el deudor á «prestar una caucion idónea de que verifica«rá el pago en el plazo convenido; pero en «el caso de que no lo efectúe, no tendrá de«recho á hacer cesion de bienes.»

«En nuestro Principado se conocen cier«tos privilegios relativos á laudemios, testa«mentos sacramentales, legítimas, esponsa«les, etc.; los cuales se verán en sus respecti«vos tratados. Llamámoslos así con respecto «á las poblaciones de Cataluña que no los «disfrutan; pues antiguamente solo eran pro«pios de Barcelona, habiéndose hecho des«pues estensivos segun Comes, Cortiada, Co«dina, Ripoll, y Vives á Gerona, Mataró, «Granollers del Vallés, Igualada, Cardedeu, «Moyá, los distritos de las Franquesas del «Vallés y del Maresme, Vilamajor, las par«roquias del Tou, de Santa Susana, de Ga«llechs, Bailias de Parets y de Mollet, Villa«franca del Panadés, Universidades de Vi«llanueva, Castillos de Cubellas y la Geltrú «y sus términos y territorios. *Com num.* «283. *Cortiada y Codina en su divis. sub.* «7. *Ripoll variar. resol. cap.* 7. *num.* 219 *y* «327. *Vives tom.* 4. *pag.* 64 *y sig.* Hállanse «contenidos estos privigelios conocidos vul«garmente bajo el nombre de *Recognoverunt* «*Proceres*, en el *tit.* 15. *lib.* 1. *vol.* 2. de «las Constituciones de Cataluña.»

TEXTO.

De jure honorario.

7. Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare: quod qui honores gerunt, id est, Magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et Ædiles curules edictum de quibusdam causis; quod et ipsum juris honorarii portio est.

TRADUCCION.

Del derecho honorario.

Tambien los edictos de los Pretores tienen una no pequeña autoridad. Este derecho acostumbramos á llamarle honorario, porque le dieron autoridad aquellos que disfrutan los honores, esto es, los Magistrados. Tambien los Ediles curules proponian edictos acerca de ciertas cosas los que forman así mismo parte del derecho honorario.

NOTAS.

7. *Prætorum edicta*). Háse introducido el derecho pretorio con el objeto de ayudar, suplir, ó corregir el derecho civil, 1. 7. §. 1. *D. de just. et jur.* Véanse ejemplos de ello en el *pr. y* §. *s. infr. de bon. poss.* §. *infr. de exh. lib.* §. 9. *infr. de hær. quæ ab intest.* §. 3. *infra de leg. agn. succ.*

Non modicam auctoritatem). Pero menor autoridad con todo, que las otras especies superiores de derecho, pues los edictos de los Pretores no tenian validez por autoridad del pueblo ó del Príncipe, sino tan solo en honor del Magistrado, quien mas bien puede decirse custodio é intérprete del derecho establecido, que no establecedor del nuevo, *d. l.* 7. §. 1. *y sig. D. de Just. et jur. l.* 2. §. 10 *de orig. jur, l.* 12. §. 1. *D. de bon. poss. l.* 1. *in fin. D. ex quib. caus. maj.*

Ædiles curules). Llámalos así para distinguirlos de los Ediles plebeyos. Tenian á su cuidado la inspeccion de los edificios, cuidando de que estuviesen íntegros, la limpieza de las aguas, la reparacion de los acueductos y el cuidado de los caminos. Cic. 5 *in Verr. cap.* 14. *Liv. lib.* 6. *in fin. et* 7. *pr.* Varr. *de ling.*

Juris honorarii portio). El derecho honorario es el género cuyas especies son el pretorio y el edilicio, VINN. Y tambien el pro-

consular, pues nadie ignora que se dictaban edictos para las provincias. Hein.

COMENTARIO.

1. *De donde adquirieron los Pretores la facultad de establecer el derecho, y cual fué esta facultad?*
2. *Quiénes y porqué se llamaban Ediles curules?*
3. *En qué sentido se dice que el derecho edilicio se contiene en el pretorio?*

Entre las especies del derecho civil se cuenta aquí el derecho pretorio, que con bastante frecuencia se ve oponerse como una especie diversa al derecho civil; pero no es estraño en nuestro derecho que un mismo nombre se tome en unas ocasiones en un sentido mas lato, y en otras en uno mas estricto; y que aquello mismo que sirve de nombre al género se límite á cierta especie, opuesta á otra del mismo género. Así cuando se distingue el derecho civil del pretorio se entiende por aquel, el que está compuesto de las leyes, plebiscitos, senado consultos, decretos de los Príncipes, y autoridad de los prudentes; y por este el introducido por los Magistrados con objeto de auxiliar, suplir y corregir al primero, Papiniano *l. 7. de just. et. jur.*

1. De donde, empero, le vino al Pretor esta facultad de dictar leyes? pues el Pretor no fué mas que un Magistrado creado con objeto de administrar justicia, no de dictar leyes, pues esto pertenece al poder supremo; fué el custodio del derecho civil, no el árbitro, y en ninguna ley leemos que jamás se diese un tal poder al Pretor. Así es que pienso que desde un principio los Pretores por derecho de su magistratura únicamente dieron edictos acerca de qué cosas y de qué modo habian de administrar justicia, *l. 2. §. eodem tempor.* 10. *ff. de orig. jur.* Con el tiempo, empero, no oponiéndose el pueblo, llegaron á establecer leyes por medio de sus mismos edictos, de modo sin embargo, que estos tenian mucha menos fuerza que las leyes, y en virtud de ellos no podian abrogar el derecho establecido ó recibido, *l. cum sponsus* 12. §. 1. *ff. de publ. in rem act. l.* 12. §. 1. *ff. de bon. poss.*, sino tan solo ausiliarle, suplirle ó corregirle, *l. 7. §. 1. de just. et jur.*; esto es, mitigar el rigor del derecho civil, y dictar algunas disposiciones por equidad acerca de lo no estaba dispuesto ni prohibido espresamente por las leyes, aun cuando dichas disposiciones no se fundasen en la razon del derecho civil. Que por otra parte fué mas estenso el poder de los Pretores sobre este particular que no el de los Jurisconsultos o Jueces privados, nos lo prueba el sinnúmero de excepciones, y acciones, y tantas posesiones de bienes introducidas por el Pretor fuera de la manifiesta razon del derecho civil, acerca de lo que ningun particular podia disponer nada antes del derecho establecido por los Pretores; de ahí es que el edicto de estos muchas veces se llama ley, como lo hace Ulpiano, *l. 1. §. 2. unde cog.* y Cic. 3. *Verrin.* Vinn. Esto es muy cierto si se mira al derecho, pues nunca dirá nadie que los Pretores tuviesen facultad de derogar las leyes establecidas; pero de hecho lo hicieron, ya con ficciones, ya con invenciones de nuevos vocablos, ya con la restitucion *in integrum*; mudando así el derecho antiguo segun manifestamos en las antiguedades romanas, §. 24. *de este tit.* Reconociólo tambien Dio. Cass. *lib. 36. p.* 21. al decir que los Pretores *no solo no guardaron las leyes escritas, sino que las mudaron en muchas ocasiones.* Hein.

Qui honores gerunt.) El derecho honorario segun Papiniano, *d. l. 7. §. 1.* fué llamado así en honor de los Pretores; porque aquellos que disfrutaban las honores fueron los que autorizaron este derecho, segun dice Justiniano. Otros Magistrados hubo tambien segun Cic. Gell. y otros, que propusieron edictos: tales fueron los Censores, los Cónsules y los Tribunos, y no hay duda que tambien se administraba justicia segun ellos; mas como únicamente los Pretores eran los creados con este objeto, y los que tenian casi toda la jurisdiccion, de ahí es que todo el derecho que vino de estos se llamó indiferentemente pretorio ú honorario, comprendiéndose bajo el nombre de aquel todas las demás partes de este.

2. *Ædiles curules*). Llámanse curules para diferenciarlos de los Ediles de la plebe, pues la dignidad de Edil curul es sabido segun Liv. *init. lib. 7. dec.* 1., que fué una de las Magistraturas patricias. Llámanse Ediles de la principal parte de su cargo que consistia en cuidar que los edificios sagrados y los de los particulares estuviesen íntegros, segun Festo y Varron, *lib. 4. de ling. Lat.*, pues tambien cuidaban de varias otras cosas, que enumeran Ciceron *l. 5. in Verr. c.* 14. y Gruch. *l. 1. de comit. Rom.* Acerca de la verdadera etimología de la palabra *curul*, no nos cansaremos mucho en averiguarla, pues ya se derive de *curia*, ó de la carroza que los conducia, ó de la silla curul en que se sentaban, es indiferente para el caso.

De quibusdam causis). Esto es, cosas y principalmente de los esclavos y jumentos que estaban de venta, como tambien de los

animales fieros colocados en lugares públicos, existiendo acerca este punto un edicto muy célebre, y que se esplica en el *lib.* 21. *tit.* 1. *D.*

5. *Juris honorarii portio*). El derecho edilicio se comprende propiamente bajo el nombre del honorario, como la especie bajo el nombre del género, y tambien cuando decimos derecho pretorio comprendemos al edilicio, *l.* 5. *in. pr. de verb. oblig.*, no por el significado de la palabra; pues los Pretores no eran Ediles, sino por la mente del que escribe. Y esto es lo que Pomponio dice en dicha *l.* 5. *que las estipulaciones pretorias deben entenderse de modo que en ellas vengan comprendidas tambien las edilicias; pues*, continua, *estas tambien emanan de la jurisdicion*; dando á entender con esto, que lo que se diga de las pretorias como de la principal especie, debe tambien entenderse dicho de las demás, que reconocen la misma causa y orígen de su interposicion; á saber, la jurisdiccion del Magistrado.

TEXTO.

De responsis prudentum.

8. Responsa prudentum sunt sententiæ et opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere; nam antiquitus constitutum erat, ut essent qui jura public interpretarentur, quibus á Cæsare jus respondendi datum est, qui Jurisconsulti appellabantur; quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere á responsis eorum non liceret, ut est constitutum.

TRADUCCION.

De las respuestas de los Prudentes.

Las respuestas de los prudentes son las sentencias y opiniones de aquellos á quienes era permitido responder acerca del derecho; pues antiguamente estaba establecido que hubiese quienes interpretasen públicamente las leyes, á quienes se daba por el César la facultad de responder, y se llamaban Jurisconsultos, teniendo sus sentencias y opiniones tal autoridad que los Jueces no podian apartarse de sus respuestas segun está establecido.

NOTAS.

8. *De jure respondere*). Cuyacio, Hotomano y Wesembecio dicen, *jura condere*, segun los libros antiguos. Teofilo dice, νομοθετεῖν, esto es, dictar leyes; pero segun acertadamente dice el mismo κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, es decir, *por medio de las consultas y respuestas.*

Antiquitus constitutum). Pareceríame mucho mejor que dijese, *institutum*, pues no fué esto establecido por ninguna ley, sino mas bien introducido por costumbre de los antiguos, y esta parte del derecho se llama *in specie* derecho civil, *l.* 2. §. 5. *ff. De orig. jur.*

A Cæsare). Augusto fué el primero que dispuso que se respondiese por autoridad del Príncipe, *d. l.* 2. *circa fin.*

Quorum omnium). O mas bien de la mayor parte, no de todos; *l. un. C. Theod. de respons. prudent.*

COMENTARIO.

1. *Origen de la autoridad de los prudentes derivada de su principio.*

1. La última parte del derecho escrito son las respuestas de los Prudentes cuyo orígen debemos examinar desde su principio. Despues de promulgadas las leyes de las 12 tablas que eran concisas en demasía y muy obscuras, empezó (como naturalmente acostumbra á suceder, á exigir la interpretacion, la autoridad de los prudentes, y á ser necesaria la discusion en el foro. Esta discusion y este derecho que nació sin escribirse, compuesto por los prudentes, llamábase comunmente derecho civil, apropiando á la especie el nombre del género: así lo dice Pomponio, *l.* 2. §. *his legibus* 5. *ff. de orig. jur.* De lo que deducimos que únicamente tuvieron los prudentes la facultad de interpretar el derecho, no la de establecerle; y que ni aun esta misma interpretacion fué desde luego recibida como ley, sino despues de haberse discutido y recibido en el foro, en cuyo sentido dice Pomponio haberse este derecho introducido sin escribirse. Sin embargo, forma parte del derecho escrito, en cuanto se deriva de la interpretacion de este, y del sentido de las leyes, *arg. l.* 6. §. 1. *ff. de verb. sign.*, para demostracion de la cual tenemos un oportuno ejemplo mas adelante en el *tit. de leg. patr. tut.* y en esta acepcion se opone acertadamente á la costumbre. Aquel derecho, ó sea las sentencias recibidas de los intérpretes fueron extendidas y reunidas en un solo volúmen, y no fué lícito á los Jueces apartarse de ellas en sus fallos; pues constituian una parte del derecho civil y aun se llamaban con este nombre *in specie*. De paso diremos aquí que antes de Augusto cualquiera que tenia confianza en sí mismo podia responder á los que le consultaban acerca del derecho; pero Augusto, para dar mayor autoridad á este, estableció que se necesitase su permiso para responder; despues de cuyo tiempo empezó á pedirse del

Príncipe y á concederles este, este derecho, segun nos dice el mismo Pomponio en *d. l.* 2. *al fin*; por cuya causa hay algunos que piensan, que desde aquel tiempo empezaron las respuestas de los prudentes y la autoridad de los Jurisconsultos á contarse entre el derecho escrito. Veamos ahora las palabras de este párrafo.

Permissum erat de jure respondere). Segun acabamos de decir es claro, que esta palabra no puede hacer referencia á los tiempos de la República libre, sino á los posteriores, á saber, desde que Augusto dispuso que se obtuviese este derecho del Príncipe. Se equivoca pues Teofilo cuando piensa que fué concedido por el pueblo ó por el Senado.

De jure respondere). Los Códigos antiguos segun Pacio dicen *jura condere*, esto es, dictar leyes y no malamente; pues los prudentes en cierto modo las dictaban; á saber, segun muy bien Teofilo dice, *por medio de sus consultas y respuestas*, en cuyo sentido se llaman algunas veces legisladores, *l. nulla* 25. *C. de proc. l. si furiosi* 25. *C. de nupt.* por lo demás, segun ya digimos, lo que establecian los prudentes por medio de la interpretacion, no valió ni tuvo fuerza de ley por su propia autoridad, sino que empezó á tenerla cuando fué recibido por el uso del foro; y así van enteramente equivocados los que creen, que se concedió á los Jurisconsultos tamaña autoridad que podian establecer un nuevo derecho segun la ley *ult. C. de legib.*; pero en esta ley no se les concede nada que antes no tuviesen, sino que tan solo se les deja la primitiva facultad de interpretar las leyes. Gudelin. 5. *de jur. nov.* 2.

Constitutum erat). Pareceríame mejor *institutum*, segun se halla en algunos códigos; pues no hay ninguna constitucion que tal disponga.

Jurisconsulti). Los Jurisperitos, los prudentes y los autores del derecho por modestia prefirieron ser llamados estudiosos ó amantes del derecho, quizá á ejemplo de Pitágoras, quien no quiso ser llamado *sábio* sino *filósofo*; esto es, amante de la sabiduría. Así es que este nombre es comun, no solo á los preceptores, sí que tambien á los discípulos y oyentes del derecho, *l.* 1. *de off. asses. l.* 9. §. 4. *ff. de pœn. l.* 4. *ff. de extr. cog.*, en donde se toma á los estudiosos de este por los profesores y asesores ó acompañados de los Jueces; véase á Cujac. 7. *observ.* 25. *Ræward.* 2. *conj.* 10.

Quorum omnium). Mas bien del mayor número; pues seria muy absurdo dar á las sentencias de cada uno de ellos semejante fuerza, y Justiniano segun prueban las últimas palabras de este párrafo parece que tuvo en consideracion la constitucion de Teodosio, que se halla en la *l. un. C. Theod. de resp. prud.* VINN. Antes bien debemos decir que las sentencias de todos aquellos á quienes el Príncipe habia concedido el derecho de responder obligaban á los Jueces del mismo modo que sucede en Germania con las sentencias dadas por los colegios jurídicos. La constitucion de Teodosio no hace referencia á las respuestas y pareceres de los Jurisconsultos, sino á los escritos de los antiguos que discordaban entre sí. HEIN.

«En España no conocemos ni el derecho «pretorio ni las respuestas de los prudentes; «pues como mas arriba dijimos solo tenemos «una especie de derecho escrito, á saber la «ley.»

TEXTO.

De jure non scripto.

9. Sine scripto jus venit, quod usus approbavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

TRADUCCION.

Del derecho no escrito.

El derecho no escrito es el que aprobó el uso, pues las costumbres antiguas, aprobadas con consentimiento de los que las usan, se parecen á la ley. (a)

NOTAS.

9. *Diuturni*). Estos son epítetos propios de la costumbre, de modo que se dice *antigua*, *larga*, *inveterada*; pero cuanto tiempo necesita para introducirse no está decidido.

Legem imitantur). Esto es, que tienen la fuerza y efecto de la ley, y aun segun Aristot. 3. *polit. c. ult.* tienen mas fuerza y versan acerca de cosas de mayor importancia las leyes no escritas que las escritas.

COMENTARIO.

1. 2. 5. *Autoridad del derecho no escrito ó introducido por una larga costumbre, y de dónde venga?*
3. *Para introducir el derecho por medio de la costumbre se requiere la probable ciencia del superior.*
4. *Cuánto tiempo, cuántos actos y cuáles sean necesarios para introducir la costumbre?*
6. *Si hay mas especies de derecho que las que se han mencionado?*

(a) L. 4 y 6. tit. 2. P. 1.

1. *Sine scripto*). Sobre aquello en que no nos servimos del derecho escrito es preciso observar lo que ha sido introducido por la costumbre, *l. de quibus* 32. *ff. de legib.*, teniendo este derecho mucha autoridad; pues en tanto está recibido, como que no ha sido necesario ponerlo por escrito, *l. immo magna* 36. *eod.*, y Livio dice en cierto parage que *el uso es un gravísimo censor y esplorador del derecho, de modo que no puede dejar de ser justo y útil lo que él introdujo.* A esto se parece lo que escribió Aristot. 5. *polit. c. ult.* que valen mas y versan acerca de cosas de mayor momento las leyes introducidas por la costumbre, que no las escritas. Llámase este derecho no escrito; y esto así, no porque no sea necesario escribirle *d. l.* 36; pues es muy útil hacerlo con objeto de disminuir los pleitos y los gastos de las pruebas, y así es que vemos que las costumbres de muchos paises se hallan, no solo escritas, sí que tambien ilustradas con comentarios, y no por esto la costumbre se convierte en el derecho escrito que llamamos ley, porque no se deriva de la escritura, sino del uso, y solo se escribe para su mas fácil prueba. VINN. No se convierte en derecho escrito por medio de la escritura por cuanto no se promulga como á ley; pues segun dijimos mas arriba en el §. 3. de este tit. γράφειν νόμους es *promulgar leyes.* HEIN.

2. *Consensu utentium*). Esto es, un consentimiento tácito; pues de la misma manera que la sancion expresa constituye la ley, así tambien la tácita voluntad del pueblo introduce la costumbre; de modo que en cuanto á la fuerza y efecto ninguna diferencia existe entre las dos; pues, ¿qué importa, segun dice Juliano en *d. l. de quibus* 32. *que el pueblo declare su voluntad por medio de los votos, ó por sus cosas y hechos*? Por pueblo aquí debemos entender, aquel que no está sujeto al imperio de otro; pues las ciudades que se hallan en este caso no pueden introducir una costumbre por medio del tácito consentimiento como tampoco con el expreso una ley. De ahí es que correspondiendo derogar la ley á aquel que tiene facultad de establecerla, está muy bien mandado en la *l.* 2. *C. quæ sit long. cons.* que una ley dada por el Príncipe no pueda derogarse por una costumbre contraria. Por lo que es regular, que Juliano en la citada *l.* 32. hizo referencia á los tiempos antiguos, en que los pueblos tenian aun el derecho de votar ó a aquellos derechos que se habian introducido antes de quitarse este, tal como la substitucion pupilar, *l.* 2. *ff. de vulg et pup. subst.*, la querela del testamento inoficioso, *l.* 8. *al pr. ff. de bon. poss. cont. tab.*, la invalidacion de la donacion entre marido y muger, *l.* 1. *ff. de don. int. vir. et ux.* y otras cosas del mismo género. Quizá tambien quiso hablar de los derechos de los municipios que se regian por sus leyes y costumbres, aun bajo los mismos Emperadores, segun noté mas arriba §. 1.: manifiesta esto el mismo modo de argüir de dicho Jurisconsulto, quien prueba por el derecho de votar el de introducir la costumbre.

3. En un estado popular solo el pueblo tiene el derecho de introducir una costumbre que tenga fuerza de ley; mas no así en uno de Monárquico ó Aristocrático, pues en ellos se requeriria para su introduccion la probable ciencia y paciencia del Príncipe ó superior, segun acertadamente advierte Wesemb. *part. de legib. num.* 9. y Gudelin, *l.* 3 *de jur. noviss. c.* 2. segun *d. l. de quib.* 32. *et d. l.* 2. *C. quæ sit long. cons.*; aunque la opinion mas comun es que no se exige esta ciencia; de cuyo parecer insiguiendo á Scheneid. *hic. num.* 2. es Tulden. *d. tit. C. num.* 1. And. Gail. 2. *observ*, 31.; ni Myns. 6. *obs. y sig.* tampoco lo cuentan entre los requisitos de la costumbre. Sobre la facultad de establecer estatutos por medio de la costumbre, ó derogar otros anteriormente establecidos no hay duda que la tienen las ciudades, en cuanto tengan la de dictarlos expresamente.

Diuturni mores). Estos son los epitetos propios de la costumbre; así es que se llama *antigua, larga, inveterada;* pues introduciéndose insensiblemente con el tácito consentimiento del pueblo, es necerario que este consentimiento se pruebe con hechos y con el transcurso del tiempo. Como bajo este aspecto la costumbre puede decirse de hecho, debe tambien probarse y para ello es muy útil que haya sido confirmada en juicio contradictorio; *l. cum de consuetudine* 34, *de legib.*

4. Sobre cuanto tiempo, empero, y cuantos actos se requieren para la introduccion de una costumbre no estan de acuerdo los intérpretes. Connano. 1. *comm.* 10. y Hotom. *aqui*, exigen que haya transcurrido un tiempo tal que ninguno de los vivientes haya visto cosa en contrario, ni oido que se ejecutára, segun la *l.* 1. §. *ult. junct. l.* 2. §. *idem Labeo* 7. *ff. de aq. pluv. arc.* Scheneid. *hic. num.* 3. y Wesemb. *par de legib. num.* 9. piensan que la costumbre se introduce por el transcurso de 10 años, ó sea el tiempo que se necesita para prescribir un derecho; pero como acertadamente advierte

Fabr. *l. jurispr.* 2. *pr.* 11., todos se equivocan en esto al confundir la costumbre con la prescripcion del derecho; pues por la prescripcion no se adquiere otro derecho que el de prescribir, contra aquel tan solo contra quien se prescribe, y únicamente mientras que el prescribente posea, ó cuasi posea. Pero la costumbre adquiere un derecho en general para todos, y contra todos en su caso; pues que siendo una especie de ley tácita imita á la ley, *l. ult. C. quæ sit long. cons.*, por cuya causa opino con Cujac. 20. *obs.* 1. *y* Menoc. *consil.* 545. *n.* 20. que lo mejor es dejarlo esto al arbitrio del Juez, quien segun la cualidad del negocio exigirá mas ó menos tiempo, con tal que haya frecuencia y uniformidad de actos, segun Fabroto, *l. nam Imperator* 58 *de legib.* Y por cuanto al tratarse de la introduccion de una costumbre debemos atender; no á los usos de este ó de aquel individuo, ni de una clase entera; sino á los de todo el pueblo, y deducirla de lo que se ha verificado y observado, no una sola vez ó dos, sino muchas acerca de una misma cosa ó cuestion, *l* 1. *C. quæ sit. long. cons.*, y que se ha observado constantemente, esto es, perpétuamente de la misma manera, *l. ult. C. eod.*, soy de parecer que no bastan para ello dos actos judiciales y notorios segun es la comun opinion, que siguen Gail. y Myns. *en dd. lug.* sino que conceptúo deber esto dejarse tambien al arbitrio del Juez, lo mismo que todo lo que no está decidido por el derecho, *arg. l.* 1. §. *ult. ff. de jur. delib. l.* 9. *C. de bon. auct. iud. poss.* Cujac. Menoch. En lo que convienen sí, la mayor parte y con razon está recibido es, que cuando se trata de probar la costumbre no se repute necesario demostrar que en alguna ocasion ha sido la misma confirmada en un juicio contradictorio. Pues siendo introducida por el consentimiento del pueblo ¿qué importa aun cuando no haya intervenido ningun fallo? Pues si es tan cierto el derecho, de suerte que jamás se haya suscitado duda alguna ante el Juez, por ventura no debe semejante costumbre tener mayor autoridad que la confirmada en un juicio contradictorio? *l. immo magna* 36. *ff. de legib.* De consejo es, pues, no de precepto lo que dice Ulpiano en la *l.* 34, *de dicho tit.*, que cuando se trata de una costumbre se ha de examinar primero si en alguna ocasion ha sido confirmada por un juicio contradictorio. Aconseja que se haga esto, porque semejante investigacion es útil al que ha de probar la costumbre, pues podrá echar mano de las mismas pruebas que sirvieron en otras ocasiones para probarla. Y conforme á esta opinion se juzga en la Cámara, segun Gail. 2. *obs.* 31, *n.* 8. y Christ. *vol.* 4. *dec.* 187. *n.* 7. *y sig.*, en donde cita muchos autores que defienden este parecer, y lo afirman como á comun.

5. *Legem imitantur*). Esto es, tienen fuerza y efecto de ley; (a) y así el efecto de la costumbre, no solo es la introduccion de un derecho nuevo acerca del que antes nada habia dispuesto, sino tambien la derogacion de una ley anteriormente promulgada, §. *pen. de este mismo tit.* Otro de los efectos de la costumbre consiste en el interpretar el derecho escrito, pues si se pregunta acerca de la interpretacion de alguna ley dudosa, debemos atender ante todo al derecho que en otro caso semejante se ha observado anteriormente. Así es que la costumbre es el mejor intérprete de las leyes; *l. si de interpretatione* 37. *y l. sig. de leg.*, y de ningun modo debemos alterar aquellas que tuvieron siempre una interpretacion cierta, *l. minime* 23. *eod.*

6. Hemos esplicado hasta aquí las partes del derecho civil propuestas por Justiniano; pero puede suscitarse la cuestion de si debieron ponerse algunas mas, pues segun algunos, deben contarse entre las partes del derecho no escrito, además de la costumbre, (única que refiere Justiniano) los fallos pronunciados, ó sean los perjuicios y la equidad; pero entrambos equivocadamente. Pues aunque no dejan de tener autoridad las cosas juzgadas muchas veces del mismo modo, con todo en ninguna manera tienen fuerza de ley, ni introducen derecho que deba seguirse por aquellos entre quienes se suscita una controversia igual ó semejante, *tit. C. res int. al. act. aut jud. al. non noc.*, y aquí viene bien lo que dispone el Emperador en la *l. nemo* 13 *C. de sent et interl.* y acostumbra decirse vulgarmente, que *no por los ejemplos, sino por las leyes se ha de juzgar.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 51. *num.* 5. *y sig.* Ni tampoco la equidad es propiamente una parte del derecho no escrito: pues aunque no está escrita no puede con todo decirse así en el mismo sentido en que el derecho no escrito forma una especie del civil; y para que esto mas fácilmente se comprenda debemos observar que la palabra equidad se toma de dos maneras; ó en general, por la justicia que debe acompañar siempre á todo derecho, ó especialmente por la equidad que es diversa del derecho civil. Del primer modo tambien conviene á esta, pues en todas las leyes y en todo derecho civil se con-

(a) L. 6. tit. 2. P. 1.

sidera que existe cierta equidad, y no merece el nombre de derecho lo que de ella está enteramente destituido, y en este sentido Cic. *in topic. c.* 2. define al derecho civil diciendo ser, *la equidad constituida para aquellos que son de una misma ciudad*. Especialmente, empero, y tomada en un sentido propio, la equidad no se opone al derecho escrito segun piensan algunos sino al estricto. Llámase esto por los Griegos ἐπιείκεια, y entre nosotros equidad, lo justo y lo bueno, la humanidad y benignidad, definiéndola Aristot. 5. *Eth.* 10. *la correccion del derecho legítimo*. Vémosla resplandecer, y la empleamos al dar á las palabras de la ley mas latitud de la que tienen insiguiendo su sentido y extendiéndolas á otros casos semejantes siempre que el legislador dijo menos de lo que quiso; ó al restringir las palabras cuando por el sentido se ve que el legislador escribió mas de lo que quiso, y principalmente en la benigna interpretacion de las leyes y en la aplicacion de las mismas á cada caso en particular, de modo con todo que nunca nos apartemos de la expresa y manifiesta voluntad del legislador. Aquí pertenece la *l.* 10. *y sig. de legib. ff. y la l. y muchas otras de D. tit.* Y de ahí tambien podemos sacar un medio de conciliacion entre la *l. placuit, C. de judic. y la l.* 1. *ff. de leg. et l. prospexit* 12. §. 1. *qui et á quibus man.* Gudelin. 5. *de jur. nov. c.* 2. No es pues esta equidad una especie del derecho civil, sino una cosa diferente de este, y que consiste mas bien en el arbitrio de un buen varon y del Juez; por lo que en algunos casos la llamamos arbitrio de buen varon y conciencia del Juez. Por esta razon Aristóteles en el lugar citado la compara á la regla Lesbia; porque debiendo la equidad ser una norma indefinida de cosas indefinidas tambien, debemos servirnos de ella del mismo modo que los albañiles y arquitectos se sirven de la norma ó regla Lesbia que siendo de plomo y muy flecsible la acomodan á la forma de la construccion, no conformándose siempre estrictamente á ella, lo que esplica con mas latitud Gail. Budeo *annot. prior.* Paso por alto lo que aquí acostumbra á discutirse acerca de la diversa autoridad de las opiniones, y solo diré que aunque no es despreciable lo que opinan muchos autores, y que tiene un juicio mas íntegro lo que está confirmado por los pareceres de varios, Clem. 1. *vers. quod etiam de sent. excom. l.* 1. *in pr. de off. quæst.*; no debemos con todo adherirnos de tal modo á ellos que hayan de constituir derecho aun cuando manifiestamente se equivoquen; *arg. leg.* 2. *C. quæ sit long. cons.* Véase á Menoch. 2. *presumpt.* 71. *num.* 24. y los allí citados.

«En España para que se considere introducida una costumbre, es necesario que «hayan transcurrido diez años con conocimiento del poder legislativo, que no la repruebe, antes por el contrario la consienta; «y además de todo esto que esté probada «con dos sentencias judiciales; *L.* 5. *tit.* 2. «*P.* 1. y en la misma Greg. Lop. *gloss.* 4., «aunque este último requisito no es indispensable sino cuando se intenta probar la «costumbre por medio de actos judiciales, «Greg. Lop. en la misma ley *gloss.*, 7. Molina de *primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 27. *y sig.*»

TEXTO.

Ratio superioris divisionis.

10. Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedæmoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat ut Lacædemonii quidem ea, quæ legibus observabant, memoriæ mandarent, Athenienses verò ea quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

TRADUCCION.

Razon de la division anterior.

Y no sin elegancia parece haberse dividido el derecho civil en dos especies, pues el orígen de estas se deriva de las costumbres de dos ciudades; á saber, Atenas y Lacedemonia, en las cuales se acostumbraba que los Lacedemonios encomendaban á la memoria lo que disponian sus leyes; pero los Atenienses guardaban lo que por escrito habian en ellas comprendido.

NOTAS.

10. *Non ineleganter*). Ni tampoco con mucha elegancia, segun se ve por lo que dicen Hotom. y Bacovio.

Lacedemonii). Los Lacedemonios no se sirvieron de leyes escritas pues una de sus llamadas ordenanzas era *no emplear leyes escritas*. Plutarch. *in Lycurg. pag.* 47.

COMENTARIO.

1. *Obsérvase un error de Triboniano.*

1. Despues de la expulsion de los Réyes empezó el pueblo romano á regirse mas bien por leyes inciertas y por sus costumbres, que por leyes promulgadas, hasta que la autoridad pública nombró los Decemviros para que fueran á las ciudades Griegas á estudiar sus leyes. Así que enviáronse estos legados á Ate-

nas con objeto de comparar las leyes esclarecidas de Solon, y de estudiar los institutos, costumbres y leyes de las otras ciudades griegas. Pomp. *l.* 2. §. *exactis* 2. *de orig. jur.* *Liv. l.* 3. *c.* 31 *y sig.* Trasladadas posteriormente estas leyes en doce tablas fueron llamadas las leyes Decemvirales y de las 12 tablas, las que segun el mismo Livio son la fuente de todo derecho público y privado. De aquí se deduce que el derecho escrito, ó sean las leyes de los romanos se derivaron en parte de las leyes, y en parte de las costumbres de las ciudades de la Grecia; y así se equivoca muchísimo Triboniano al hacer derivar el derecho escrito de los Romanos de Atenas y las no escritas de Lacedemonia. En primer lugar, ya establece una mala comparacion entre las leyes no escritas de los Lacedemonios, y el derecho no escrito de los Romanos, pues aquellas no fueron un derecho introducido por las costumbres, en cuyo sentido se toma aquí el derecho no escrito, y se opone al escrito, esto es á las leyes promulgadas; sino leyes propiamente dichas y expresamente sancionadas, aunque su legislador Licurgo dispuso que no se escribiesen, sino que se conservasen en la memoria. En segundo lugar, no puede decirse que las costumbres de los Lacedemonios diesen orígen al derecho no escrito de los romanos, mas de lo que lo hicieron las costumbres de los Atenienses ó de otras ciudades griegas, de las que los enviados romanos sacaron sus leyes; pues así las costumbres como las leyes de estos pueblos copiadas en las doce tablas aquellas, despues de promulgada la ley Decemviral formaron parte del derecho escrito de los Romanos. VINN. Mucho me temo no se critique infundadamente á Triboniano por establecer que los romanos sacaron su derecho no escrito de los Lacedemonios y el escrito de los Atenienses; pues que mas bien puede decirse que hace derivar de dichas ciudades la division de las leyes en escritas y no escritas, por cuanto no hay duda ninguna de que los Lacedemonios se servian de estas segun Plutarcho *sobre Licurg. p.* 47. aunque en otro sentido del que lo tomaban los Romanos; así es, que el pronombre *ejus* se pone en este párrafo en lugar de *ejus rei* y por lo mismo no ha de referirse al derecho civil. HEIN.

TEXTO.

Divisio Juris in immutabile et mutabile.

11. Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea verò, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

TRADUCCION.

Division del derecho en mutable é inmutable.

Las leyes naturales que se observan igualmente por todas las naciones establecidas por cierta providencia divina, siempre permanecen firmes é inmutables; mas las que cada ciudad establece para sí acostumbran á mudarse muchas veces, ya por el tácito consentimiento del pueblo, ya por otra ley posteriormente promulgada.

NOTAS.

11. *Divina providentia*). De cuyas leyes Dios es el inventor; el árbitro y legislador segun dice Ciceron. Entiende, pues, aquí hablar del derecho de gentes primario, que es innato en nosotros, no del secundario que fué introducido por exigirlo el uso.

Immutabilia). El derecho natural es y fué justo siempre y en todas partes, y nada de lo que por él se prohibe puede mandarse, ni prohibirse lo que por el mismo se ordena, Grot. 1. *manuduct.* 2.; aunque pueden añadirse ó quitarse algunas cosas, *l.* 6. *D. de just. et jur.*

Tacito consensu). No solo por un largo uso puede introducirse un nuevo derecho, sino que por una costumbre contraria puede derogarse lo que antes estaba establecido en alguna ley, *l.* 32. *D. de legib.*

Alia postea lege lata). Las leyes posteriores siempre tienen mas fuerza que las mas antiguas, *l. ult. D. de constitut. Princ.* Harm. *lib.* 1. *tit.* 1. y Varron *lib.* 8. *de lingua* dice; *¿por ventura en muchas ocasiones no desaparecen las leyes antiguas derogadas por otras nuevas?*

COMENTARIO.

1. *El derecho natural ó de gentes primario es inmutable; no así el secundario, á no ser relativamente.*
2. *Semejante inmutabilidad se deduce principalmente de las nociones impresas en el ánimo de los hombres por Dios, lo que se demuestra con ejemplos.*
3. *Las leyes civiles pueden ser derogadas por una costumbre contraria.*
4. *Conviene mudar las leyes alguna vez?*

Esplicado el derecho natural y civil, y marcada la diferencia entre entrambos por sus causas eficientes, no inoportunamente se pone en este lugar otra diferencia en sus efectos,

1. *Quasi divina providentia constituta.*) Esto es, aquellas leyes que dimanan de la razon no corrompida y del simple conocimiento grabado por Dios en nuestras mentes; es decir, el derecho que nos es innato y cuyo inventor, árbitro y legislador, segun dice Cic. *lib. 3. de Repub.* es Dios; no aquel que ha sido inventado por los hombres. Xenophonte *lib. 4. memorab.* llama á estas leyes, leyes de Dios. Esto, empero, se ha de entender del derecho de gentes primario: esto es, de aquel que es *simpliciter* natural, no del secundario, que ha sido introducido por el uso; pues han de distinguirse con mucho cuidado los preceptos naturales de aquellos que solo son tales bajo cierto aspecto; las leyes comunes á muchas naciones separadamente, de las que encierran los lazos que unen á la sociedad humana. Asi es, que mucho de lo que el antiguo derecho de gentes establecia acerca del derecho de guerra, de las avenidas de los rios, etc., lo vemos en extremo variado hoy dia. Tambien pueden prohibirse muchas cosas que son de derecho natural permisivo como se ha hecho acerca de aquellas que no tienen dueño, sobre lo que hablarémos en su lugar respectivo. Relativamente hablando no hay duda que tambien podrémos decir que el derecho de gentes secundario es inmutable, en cuanto se muda con mucha mayor dificultad que el derecho civil.

Immutabilia). El derecho natural es y será justo siempre y en todas partes, ni puede ser uno aquí, otro en Roma y otro en Atenas; uno ahora y otro despues; pues siendo la recta razon infundida por la naturaleza y dada á todos constante y sempiterna, asi tambien lo que ella prescribe es siempre justo é imperecedero, por lo que nada de lo que por este derecho se prohibe puede mandarse, ni prohibirse lo que por el mismo se ordena, segun muy bien dice Grot. *l. manud.* 2., y conforme á lo que escribe el Jurisconsulto en la *l. 6. ff. de just. et jur.* diciendo *que nunca el derecho civil debe separarse enteramente del natural.* Ni es contrario esto á lo que el mismo añade de que *no todas las cosas se conforman con el derecho natural, sino que en muchas ocasiones se le añade ó quita algo.*

2. Esta adicion ó detraccion no es mas que la atemperacion de los preceptos generales del derecho natural al uso y costumbres de los ciudadanos y á la forma de cada República, lo que aunque en cada lugar se haga de diversa manera, y aunque en cierto modo se observe cierta diferencia al aplicar las leyes naturales, no deja de ser por esto inmutable lo que por su esencia y naturaleza es justo, conservando siempre su fuerza para obligar las conciencias aquellas nociones comunes, que dijimos estar grabadas en nuestros ánimos y en las cuales principalmente se echa de ver esta constancia é inmutabilidad. Covarr. *de matr. p.* 2. *c.* 6. §. 9. *num.* 7. Con los ejemplos se aclarará mas esto. Manda la ley natural que *tributemos culto á Dios; que los hijos esten sujetos al poder de los padres, que se guarde la fé en los pactos*, y estos son decretos perpetuos de la ley eterna que no pueden derogarse por ningun derecho civil. No obstante, en su aplicacion, acerca de la cual nada dispone la ley natural, se observa alguna variedad por la misma de las constituciones civiles; á saber, que con este ó con el otro rito externo se tribute culto á Dios; que los padres tengan sobre sus hijos el mismo poder que sobre sus esclavos, y adquieran todo lo que adquiere el hijo, ó que tan solo tengan el derecho de castigar al hijo con moderacion y sin crueldad, y de expelerlo de su casa si fuere contumaz; que obliguen eficazmente los pactos nudos, ó que tan solo tengan semejante fuerza los que vulgarmente llamamos vestidos. Dice Justiniano que nada tan conforme hay con la equidad natural como el tener por valedera la voluntad del señor de una cosa de transferirla á otro, §. *per traditionem*, 40. *inf. de rer. div.*, pero á pesar de esto, la ley civil oponiéndose á la temeraria liberalidad de los hombres, de la cual pudieran en lo sucesivo arrepentirse, puso ciertos límites á esta facultad en la donacion, prohibiendo que valiese aquella que escediendo de quinientos sueldos no estuviese insinuada en las actas judiciales, §. 2. *inf. de donat.* Con este hecho no se muda sin embargo el derecho natural, sino que se le ausilia añadiéndosele alguna cosa por la utilidad misma de los ciudadanos, (único objeto de todos los legisladores, á pesar de que no siempre establezcan lo mismo) ó si asi se quiere quitándosele relativamente el precepto general. Esto es lo que nuestros doctores llaman *modificar, declarar y ausiliar con las leyes el derecho natural*; pues asi acostumbran hablar *Jo. Fab. Aug.* y otros en este §. Muchos otros ejemplos del mismo género podrian citarse, pues ocurren á cada paso en casi todas las partes del derecho civil: pero bastan estos pocos para aclarar esta materia. Lo que sí es preciso saber es, que ecsisten ciertos grados entre los principios practicos, y los preceptos de la naturaleza, y que en algunas ocasiones acontece que concurren á la vez y se chocan mútuamente; así por

ejemplo; hay una ley natural que dice, *no matarás;* pero existe otra del mismo género y de mayor fuerza que permite quitar la vida al agresor en defensa propia. En semejante conflicto la ley inferior es preciso que ceda á la superior. (a) Wesemb. *par. de just. et jur. n.* 15.

3. *Tácito consensu*). No solo por un largo uso puede introducirse un derecho nuevo, si que tambien por una costumbre contraria derogarse lo antes por una ley establecido, siendo esto enteramente conforme al sentir de Juliano, quien en la ley *de quibus* 32. *ff. de legib.* dice no haber ninguna diferencia entre declarar el pueblo su voluntad por medio de los votos ó por medio de sus acciones y hechos. Del mismo lugar se infiere tambien lo que mas arriba dijimos de que faltando el derecho de votar, no solo cesa la facultad del pueblo de dictarse públicamente leyes, si que tambien la de introducir una costumbre contra un derecho establecido por el superior; pues solo tiene facultad de derogar la ley aquel que puede establecerla. En este sentido debe entenderse la *l.* 2, *Cod. quæ sit. long. cons.*, ó bien de la costumbre de algun municipio: *véase* la *l.* 9. §. *Divus* 5. *ff. de sepulch. viol.*

4. *Alia lege lata*). Si es útil y en que ocasiones mudar la lejislacion es cuestion que pertenece á los publicistas, aunque nos sugiere la decision de ella Ulp. en la *l.* 2. *ff. de const. princ.* al decirnos, que *para establecer leyes nuevas debe haber una utilidad manifiesta para apartarnos del derecho que por largo tiempo pareció justo* (b); y esta es tambien la comun opinion de los publicistas. Platon *lib.* 7. *de legib.* Aristot. 2. *poli.* 6. *al fin.*

TEXTO.

De objectis juris.

12. Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum est jus nosse, si personæ quarum causa constitutum est ignorentur.

TRADUCCION.

De los objetos del derecho.

Todo el derecho que nos rige pertenece, ó á las personas, ó á las cosas, ó á las acciones. Primeramente trataremos de las personas; pues de poco sirve conocer el derecho si se ignoran las personas por cuya causa se ha establecido.

(a) L. 2. tit. 8. P. 2. L. 4 y 5. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec.

(b) Ley. 18. tit. 1. P. 1. L. 8. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

NOTAS.

12. *Vel ad personas, etc.*). Esta distribucion se ha tomado de los objetos para obtener el fin del derecho, y está sacado de la *l.* 1. *D. de stat. hom.* Todo derecho acerca de las cosas se refiere á las personas por medio de las acciones y juicios.

COMENTARIO.

En este párrafo se hace la transicion del derecho constituyente al constituido, y se abre un camino metódico para las diversas materias acerca de que este versa para su conocimiento; todo insiguiendo á Cayo en la *l.* 1. *de stat. hom.*

Vel ad personas, etc.). Esta distribucion segun se ve está tomada de los objetos para obtener el fin del derecho. Este empero, segun ya he dicho varias veces es dar á cada uno lo suyo; pero para conseguirlo se requiere primero, saber cual es el derecho de cada uno; luego en que se funda, para que si no se nos da espontáneamente podamos alcanzarle, aun de los que nos lo nieguen. El conocimiento del derecho de cada cual ó se toma de la persona ó de las cosas, ó tambien del derecho que cada uno tiene segun la condicion ó estado de su persona ó por relacion á las cosas exteriores. Mucho se diferencian entre sí los hombres en la condicion, pues unos son libres, otros siervos y de aquellos unos ingenuos, otros libertinos; estos padres, aquellos hijos de familia, y de los padres de familia unos están en tutela, otros en curaduria, y otros en fin en ninguna de las dos. Segun sean diversas estas cualidades disfrutarán tambien en la ciudad de diversos derechos, y así lo que acompaña el estado y condicion de la persona se llama derecho de esta, y de él se trata en este primer libro. En las otras cosas el derecho de cada uno, ó es real, á saber, el dominio, ú otro cualquier derecho *in re*; ó personal tan solo, ó sea obligacion ó crédito, perteneciendo á esta parte, no solo los medios de adquirir el dominio ó el derecho *in re* parecido al dominio, singulares y universales; sino tambien la manera de contraer y adquirir las obligaciones, como tambien las causas de perderse, invalidarse y destruirse las mismas. Acerca de este derecho se trata en los *lib.* 2. 3. *y parte del* 4. *hasta el tit.* de las acciones. El modo de obtener entrambos derechos se encuentra en estas; esto es, en las persecuciones de nuestro derecho, hágase esto en juicio ó fuera de él por autoridad del Magistrado, sobre lo que se trata en el último lugar.

TITULO TERCERO.

Del derecho de las personas.

CONC. CON EL TIT. 3. LIBRO I. DEL DIG. (a)

Continuacion. Que se entiende aquí por persona, por estado y por derecho de la persona.

Al fin del título precedente se propuso la série y disposicion de las principales partes que en este y siguientes libros se tratan despues separadamente. Empiézase por las personas para quienes se ha establecido todo el derecho, poniéndose por epígrafe de este título, *del estado de los hombres.* De ahí deducimos que aquí la palabra *persona* no quiere decir la cualidad del ciudadano, sino del hombre; ó mejor, simplemente el mismo hombre, conviniendo semejante dictado lo mismo al siervo que al hombre libre, segun se observa á cada paso en el derecho, que se da tambien al siervo, *l.* 3. *pr. ff. ne quis cum qui in jus voc. l. potestatis* 215. *ff. de verb. signif. l.* 22. *ff. de reg. jur.* Tambien deducimos que el derecho de la persona es, aquello que acompaña al estado y condicion de la misma (b); pues el mismo estado no es mas que la condicion ó cualidad de la persona en virtud de la cual disfruta de estos ó aquellos derechos, como el ser libre ó siervo; ingenuo ó libertino, sujeto ó no á potestad agena; y así el estado hace de causa y el derecho de efecto. VINN. Por derecho antiguo habia mucha diferencia entre *hombre* y *persona*. Llamábase del primer modo todo aquel que tiene mente racional en cuerpo humano, y así es que solo los mónstruos se dice que no son hombres, *l.* 14. *ff. de stat. hom.* Pero la persona era el hombre mismo revestido de cierto *estado;* esto es, ó *natural* ó *civil*. En cuanto al natural el siervo era tambien *persona*, segun se ve en las leyes por nuestro autor citadas; pero no así en cuanto al civil. Y como no disfrutaba del derecho de libertad, ciudad ni familia, el siervo se llamaba cosa *mancipi* por Ulp. *fragm. tit.* 19. §. 1.; ἀπρόσωπος, *impersonal*; Harmenop. *lib.* 7. *tit.* 6. *nadie ó ninguno* en la *l.* 32. *ff. de R. J.; sin cabeza en el* §. 4. *ins tit. de cap. dem.* y finalmente *muerto* en la *l.* 209. *ff. de R. J.* HEIN.

TEXTO.

Prima divisio personarum.

Summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

TRADUCCION.

Primera division de las personas.

La principal division acerca del derecho de las personas es esta; que de todos los hombres, unos son libres y otros siervos. (c)

NOTAS.

Jure personarum). En las Pandectas se dice *del estado de los hombres*: El estado hace aquí de causa, el derecho de efecto; aquel es la misma condicion ó cualidad de la persona; este, lo que acompaña á la misma cualidad.

Summa divisio). Esto es, primera, principal ó sea generalísima, πρώτη και ἀκρότατη, 46. Basil. *tit.* 1.

Liberi aut servi). Está sacado de la *l.* 3. *D. del mismo tit.* Los *adscripticios* ó sea naturalizados, (de los cuales se habla en el *lib.* 11. *Cod,*) unos los ponen en el número de libres y otros en el de siervos.

COMENTARIO.

1. *De qué condicion son los adscripticios?*
2. *Los siervos, segun bajo que aspecto se consideran pertenecen, ya al primero, ya al segundo objeto del derecho.*

1. *Summa.*) Esto es, primera y principal ó sea generalísima; pues las otras son secun

(a) Tit. 23. P. 4.
(b) L. 1. tit. 23. P. 4.

(c) L. 1. tit. 4. P. 4.

(…)arias ó especiales. De los labradores y adscripticios ó naturalizados suele preguntarse á que especie se han de referir, y parece que podremos aquí responder lo que en un caso semejante respondió Ulp. en la *l. 10. de este tit.* que debe esto responderse segun la condicion que sobresale en ellos; porque no fué una misma la condicion de todos los labradores agregados á las colonias, pues entre ellos los habia, unos comprendidos en el censo, otros no; estos se llamaban colonos, aquellos adscripticios. Estos últimos eran casi siervos y su peculio pertenecia al señor: los colonos eran libres, como los colonos Tracenses é Iliricanos, de los cuales se trata especialmente en un título separado del *lib. 11. C.* Los adscripticios eran tributarios; esto es, pagaban un censo por cabeza, ó sea la capitacion: los colonos no lo eran, sino que pagaban tan solo cierta pension por el dominio de la tierra. Véase á Cuiacio *tit. del C. de agric. et cens.* y sobre todo á Christin. *vol. 5. decis. 86. y sic.*

2. *Servi*). Aquí vemos lo mismo que en la *l. 3. eod.*, de donde se ha tomado este párrafo: á saber, que no solo las personas libres sí que tambien los siervos se refieren al primer objeto del derecho; esto es, á las personas. A pesar de que los siervos no estén menos en nuestro dominio y comercio que las demás cosas que tenemos en nuestros bienes, en tanto que Cayo en la *l. 2. §. 2. ad leg. Aquil.* los compara á los cuadrúpedos, y que por lo mismo parezca, que los siervos debieron referirse, no á las personas, sino á las cosas; no al primero, sino al segundo objeto del derecho; pero es preciso saber que se puede considerar al siervo bajo dos aspectos: como á cosa que está en el comercio, lo mismo que todas las demás que poseemos; y como á persona, en cuanto se le llama *cognado l. 14. §. 2. y sig. de rit. nup.*, puede dársele la libertad, instituírsele heredero, contraer y obligar á su señor en cuanto alcanza el peculio, y hasta él mismo puede naturalmente obligarse, y obligar á otros, *l. 14. ff. de oblig. et act.* (a) Segun, pues, se considere pertenecerá, ya al primero, ya al segundo objeto del derecho. VINN. Muy bien dicho; pues al siervo, en cuanto á hombre se le concede, ó el estado natural ó el civil, y puede ó no puede llamarse persona, segun se refiera al primero ó al segundo objeto del derecho: véanse mas arriba la nota al princ. de este tit. y tambien la *l. 32. ff. de R. J.* HEIN.

(a) L. 7. tit. 22 P. 4. L. 5 tit. 12. P. 5.

TEXTO.

Definitio libertatis.

1. Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.

TRADUCCION.

Definicion de la libertad.

La libertad, (de la cual viene la palabra libres) es la facultad natural de hacer lo que cada uno quiere, á no ser que se lo impida la fuerza ó el derecho. (b)

NOTAS.

1. *Facere libet*). El efecto de la libertad es que cada uno pueda hacer lo que quiera, pues es el derecho de vivir como se quiere, Cic. *in paradox.* Cenon *en Laert.* con mucha brevedad la define, diciendo ser *la facultad de obrar á su arbitrio.*

Nisi si quid vi). Supongamos que se nos ata, y se nos impide el uso de nuestras cosas: esto impide á la verdad la facultad de obrar; pero en nada disminuye la libertad.

Jure). Arist. 1. *pol.* 10. dice que *no es esclavitud vivir por la república* (esto es conforme á las leyes de la misma). *Todos debemos ser esclavos de las leyes para que podamos ser libres*, segun dice Cic. *pro Cluent. c. 53.* Da á entender esta excepcion aquello de Persiano, Sat. 5. *Excepto si quid Masuri rubrica notavit.*

COMENTARIO.

Ex qua etiam liberi). No se deriva de la misma palabra, sino de lo que por ella se significa, sacando el efecto de la causa y el concreto del abstracto. El autor de esta definicion es Florent. *lib. 4. de este tit.*

Cuique facere libet). Esta definicion está tomada del efecto. El de la libertad es hacer lo que se quiera, pues es la facultad de vivir como se quiere, segun Cic. *in Paradox y 1. off. c. 21. num. 3.* Cenon *en Laer.* la define brevemente, diciendo ser *la facultad de obrar á su arbitrio* Por lo demás, como esta facultad en parte puede impedirse por la fuerza, y en parte limitarse por las leyes se añade la excepcion; *á no ser que por la fuerza ó por el derecho etc.* con cuya excepcion se quiere decir, que por dos causas podemos dejar de hacer lo que nos place; á sa-

(b) L. 1. tit. 22. P. 4.

ber, la fuerza y el derecho, sin que por ello seamos menos libres. Supóngase por ejemplo que se nos prohibe usar de nuestras cosas, ó que se nos ata; aunque esto impide la facultad de obrar, con todo no disminuye la libertad. Ni tampoco deja uno de tenerla, porque se le prohiba por las leyes verificar ciertos actos, pues lo que está en contradiccion con las leyes y buenas costumbres debemos considerar como que no pudiéramos hacerlo, segun muy bien dice nuestro Papiniano, *l. filius* 15. *ff. de cond. inst.* (a) y Marco Tulio *in Cluentiana cap.* 53. dice que *somos todos esclavos de la ley para poder ser libres*; del mismo modo se esplica Aristot. 1. *pol.* 9. al decir *que no es esclavitud el vivir segun las leyes de la sociedad*. El imperio de la ley no es despótico sino politico ó civil; por lo que la obediencia que debemos prestar á las leyes espontáneamente á fin de que quede á salvo la libertad de todos, no pugna con esta sino que la protege; aunque contenga y reprima las acciones dentro los límites de la razon, para que con la licencia no se extravien, segun muy bien dice Wesemb, *aqui* y Tuldeno *c.* 2. VINN. Esta definicion es verdaderamente Estóica: véase á Pers. *sat.* 5. *v.* 88. y lo que allí notó Casaubo. Arrian. Diss. Epictet. *lib.* 11. *c.* 1. Esplicada de este modo esta definicion no hay motivo de criticarla, como hacen algunos, insiguiendo á Acursio, pues es muy antigua y buena, segun demuestra Maran *in paratitl. ad tit. ff. de stat. hom.* HEIN.

TEXTO.

Definitio servitutis.

2. Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

TRADUCCION.

Definicion de la servidumbre.

La servidumbre es una constitucion del derecho de gentes en vitud de la cual alguno se sujeta á dominio ageno contra la naturaleza. (b)

NOTAS.

2. *Constitutio*). Esto es, una cosa establecida por las naciones; la causa por el efecto. Así tambien el tesoro se llama un *depósito* de dinero, *l.* 31. §. 1. *D. de acq. rer. dom.*, en vez de decir *dinero depositado*.

(a) L. 3. tit. 4. P. 6.
(b) L. 1. tit. 21. P. 4.

Dominio alieno). Así es que Cenon define la servidumbre diciendo ser *la privacion de obrar á su libre arbitrio*.

Contra naturam). Es decir, contra la condicion comun que todos los hombres tuvieron naturalment e desde un principio, *l.* 4. *D. de just. et jur. l.* 32. *de reg. jur.* Aristot, 1. *pol.* 3. *y* 4. dice, que la naturaleza crea ya á los libres y los esclavos; pero en otro sentido; queriendo manifestar que los estúpidos, aunque robustos de cuerpo parecen destinados por la naturaleza para servir á aquellos, que sobresalen en talento; á saber, en las faenas domésticas, Heins. *in Epist. ad Georg.* Richt.

COMENTARIO.

Constitutio juris gentium). Tómase aquí la causa por el efecto; la cosa establecida por derecho de gentes, no la que establece ó sea la cosa constituyente. Esta figura retórica es muy usada en semejantes modos de hablar; así es que se dice tambien que el tesoro es un depósito de dinero, en vez de un dinero depositado, *l. nunquam* 31. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Cenon *en Laercio* define la servidumbre, diciendo ser *la privacion de la facultad de obrar á su arbitrio*.

Contra naturam). Esto es, contra el comun estado que todos los hombres tuvieron desde un principio por naturaleza, pues los siervos naturalmente, esto es, prescindiendo de todo hecho humano ó sea en el primitivo estado de la naturaleza no existen, *l.* 4. *de just. et jur. d. l. quod attinet* 32. *de reg. jur.* Con todo, no es contrario á la justicia natural el que se reduzca á alguno á la servidumbre en virtud de pacto ó delito. Lo que Aristóteles, *l.* 1. *polit.* 3. *y* 4. dice; que por naturaleza nacen algunos ya esclavos no significa otra cosa sino, que aquellos que carecen de ingenio y son estúpidos, pero robustos de cuerpo parecen destinados por la misma naturaleza á fin de que sirvan con cierta sugecion económica para desempeñar las faenas domésticas, á aquellos que sobresalen en talento, acerca de lo que difusa y acertadamente discurre *Heinsio in epist. ad Georg. Richterum*.

TEXTO.

Servi et mancipii etymologia.

3. Servi autem ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occipere solent: qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiantur.

TRADUCCION.

Etimología de las palabras siervo y mancipio.

Los siervos se han llamado así, porque los generales en gefe de los ejércitos, no acostumbraban á matar los cautivos sino á venderlos, y por esta causa á conservarlos; y se han llamado mancipios porque manu capiuntur, *esto es, se cogen con la mano por los enemigos.* (a)

COMENTARIO.

1. *En cualquier tiempo es lícito matar á los prisioneros de guerra, aunque no segun la justicia interna.*
2. *Critícase á Sigonio y á Bacovio.*
3. *El derecho de hacer cautivos se introdujo á fin de que los vencedores se abstuviesen del derecho riguroso, en virtud del cual pueden matar á los prisioneros.*
4. *Las leyes acerca de la servidumbre se conservan aun en la guerra con los Mahometanos; pero entre los Cristianos se acostumbra permitir la redencion de los cautivos.*

1. *Ex eo appellati*). Florentino da la misma razon y etimología de este nombre, *l. 4. §. 2. hoc. tit.* Pomp. *l. pupillus* 239. §. 1. *ff. de verb. sign.* August. 19. *de civ. Dei.* 15. Advierte aquí Alciato en *d. l.* 239. *ff. de verb. sign.*; y son de su parecer Myns. y Scheneid., que no es licito matar al enemigo despues de hecho prisionero, y de haberse entregado; sino tan solo al que tiene las armas en la mano y no quiere rendirse. Contra el rendido, empero, no es lícito encruelecerse, ni jamás lo permitieron los buenos emperadores; aunque muchos digan que aun despues de prisioneros y rendidos pueden matarse los enemigos hasta tanto que se hayan conducido á los cuarteles, pues puede suceder muy bien que se vuelvan á escapar, *arg. l. in laqueum.* 55 *ff. de acq. rer. dom.* Grocio habla mas detenidamente acerca de este punto en la *l. 3. de jur. bel. c. 4.*, en donde manifiesta con muchas autoridades, que por derecho de guerra es permitido matar á los prisioneros en cualquier tiempo, aun á aquellos que quieran rendirse y no se les admite la rendicion, y hasta á los mismos rendidos sin condicion ninguna. Mas cuando los escritores dicen ser esto licito por derecho de guerra no entienden que semejante derecho esté exento de toda culpa, sino que dichos actos quedan impunes, de manera que á uno que mata á otro que le suplica le conceda la vida, ó se rinde espontáneamente, aunque lo encuentren en otro territorio no pueden castigarle como á homicida, ni declararle por ello la guerra. No obstante: aun cuando esto se haga impunemente, no es laudable por derecho natural y semejante accion se opone á la justicia interna, por cuanto traspasa la facultad naturalmente concedida de dañar; y así en el fuero interno no estará exento de culpa. Por esto S. Agustin alaba merecidamente á los Godos por que perdonaban á los suplicantes, y á los que se refugiaban á los templos, *juzgando no serles lícito lo que hubieran podido hacer por derecho de guerra, lib. 1. de civ. Dei cap.* 2. En lo que no hay duda ninguna es, que no es lícito, ni aun por derecho externo, asesinar á aquellos que estipularon su vida por medio de un pacto, ó se les prometió conservarla. Finalmente acerca de las limitaciones del derecho de matar á los prisioneros véase al mismo Grocio *d. lib.* 3. *cap.* 11. y 14., y tambien á Tuldeno *comm. ad Instit. tit. de his qui sui vel alien. jur. c.* 3.

2. *Imperatores*). No entiende aquí hablar de los Príncipes Romanos, sino de los generales, gefes de los ejércitos segun traduce muy bien Teofilo. Lo que Bacovio advierte sacándolo de Sigonio, que los Emperadores eran llamados así por el imperio militar; esto es, por el derecho de dirigir la guerra, es muy cierto; mas lo que añade el mismo Sigonio que este imperio militar se acostumbraba á dar separadamente al Magistrado por la ley Curiata es falso; pues dicha ley era necesaria todos los años á todos los magistrados patricios; no para adquirir algun imperio adverticio de alguna empresa militar, sino para la confirmacion de sus magistraturas, y á fin de que se conserváran las ceremonias de los auspicios que propia y principalmente tenian lugar en los votos de las curias; lo que puede verse en la *orat* 2. *in Rull.* Gruchio *lib. 3. de comit. et in refut. post. Disp. Car. Sig.*, en donde con muchos testimonios sacados de la antiguedad demuestra que los Cónsules y los Pretores tuvieron por derecho de su magistratura la facultad de administrar los asuntos militares. Vinn. Así es que nuestro Vinnio sigue en esto á Gruchio, segun el cual se ha pronunciado muchas veces contra Sigonio por el senado de los eruditos. Acerca de esta divergencia entre Sigonio y Gruchio merece ser leido Græv. *præfat. Thesauri Antiqu. Rom. Tom.* 1. Hein.

3. *Vendere ac per hoc servare solent*). No porque estuviesen los vencedores á ello obligados en virtud de algun pacto, sino porque así se lo aconsejaban las comodidades y ventajas que sacaba en virtud del mismo derecho de gentes todo vencedor, que conservaba la

(a) L. 1. tit. 21. P. 4.

vida á los esclavos διὰ τὴν ἐλπίδα τῆς πράσεως, esto es, por la esperanza de venderlos, segun se dice en las Basilicas. A esto se refiere Horacio en el *lib.* 1. *Ep.* 16.

Vendere cum possis captivum, occidere noli.

Por lo demás segun dice Séneca en la *Troad. v.* 333.

Lex nulla capto parcit, aut pœnam impedit.

Y el Centurion Cesariano dirigiéndose á Escipion en *Hircio de bell. Afric. c.* 45. esclama: *doyte gracias á tí, que me prometiste la vida y salvacion siendo prisionero de guerra.* Lo mismo manifestó César á los Heduos librados por su generosidad, siendo así que habria podido quitarles la vida por el derecho de guerra, *c.* 41. Otras muchas cosas semejantes se encontrarán en Grocio, *d. lib.* 1. *cap.* 4., y véase tambien en *d. l.* 3. *c.* 11. *y* 14., en donde dice y manifiesta lo que es lícito al vencedor segun la justicia interna. No en vano se introdujeron por las naciones estas leyes sobre los cautivos á ejemplo de las guerras civiles en las cuales vese muchas veces, que se da muerte á los prisioneros porque no podian reducirse á esclavitud, *l. si quis* 21. §. 1. *ff. de cap. et post. lim.* lo que ya advierte Plutarco en la vida de Oton, y Tacit. *lib.* 2. *hist. c.* 44.

Manu capiantur). Si esta etimologia es verdadera, deberémos decir que este nombre se apropió á las demás cosas; pues segun Isidoro 8. *orig.* 4. entre los antiguos se llamaba mancipio todo aquello que podia cogerse y sugetarse con la mano, como el hombre, un caballo, una oveja; y por lo mismo todo lo que se vendia por la moneda y la libra, en cuyo número se contaban las cosas mancipias segun *Varron in fin* 6. *de ling.* Posteriormente tambien los predios se contaron entre ellas. Ulp. *tit.* 19. Vinn. Por derecho antiguo no podian enagenarse por medio del rito de la mancipacion otras cosas que las que podian cogerse con la mano segun Ulp. *fragm. tit.* 19. §. 6. Así es que los *mancipios, cosas mancipias*, y *mancipaciones* se derivaron de que se adquiria por semejante rito el dominio de aquellas cosas que se cogian con la mano. Hein.

4. Entre los Cristianos no se observa este derecho de los esclavos; pues entre ellos, aunque se adquieren las otras cosas que se arrebatan al enemigo, con todo los prisioneros no se hacen esclavos del vencedor, ni pueden venderse, ni hacérseles trabajar ó sufrir otras penalidades propias de los esclavos; pues la caridad propia de los Cristianos debió enseñarles de modo, que no para abstenerse de matar á los hombres desgraciados haya necesidad de concederse el poder hacer uso de una crueldad menor. Segun Gregoras semejantes costumbres ya las adquirieron los antiguos de sus mayores, y no fueron únicamente propias de los que vivian bajo el imperio romano, sino comunes á los Tesaliénses, Ilirios, Tribalos, y Bulgaros. El mismo derecho que siguen los Cristianos en esta parte observan tambien los Mahometanos entre sí.

«En España es actualmente desconocida «la servidumbre, y así las disposiciones de «los Romanos á ella concernientes, aunque «conformes en su mayor parte con nuestra «antigua legislacion de las Partidas, no pue- «den tener hoy dia aplicacion ninguna. Con «todo para que nada quede sin la debida es- «planacion, y siendo por otra parte útil el no «ignorar nada de la antigüedad, notarémos «tambien en este tratado las diferencias mas «marcadas que existen entre nuestro antiguo «derecho y el de los Romanos.»

TEXTO.

Quibus modis servi constituuntur.

4. Servi autem aut nascuntur, aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.

TRADUCCION.

De que manera se hacen los siervos.

Los siervos ó nacen, ó se hacen: nacen de nuestras esclavas; se hacen ó por derechos de gentes; esto es, por el cautiverio, ó por el derecho civil cuando un hombre libre, mayor de veinte años permite venderse con objeto de lucrar el precio. (a)

NOTAS.

4. *Nascuntur ex ancillis*). Está copiado de Marciano *l.* 5. *de este tit.* Llamábanse estos esclavos *vernas* por los prudentes, acerca de cuyo nombre véase á Festo y Nonio. Son esclavos los nacidos de madre esclava por el mismo derecho en virtud del cual lo sembrado cede en favor del suelo; pues la madre se compara á este, y á aquel la fuerza procreatiz del padre. Cujacio.

Jure civili). Aunque la esclavitud traiga su orígen del derecho de gentes hay tambien algunos modos de constituirse introducidos por el derecho civil: uno de ellos es el que

(a) L. 1. tit. 21. P. 4.

aquí se expresa; véanse los otros en Acursio y Hotomano.

COMENTARIO.

1. *Porqué se ha hecho extensivo el dominio á los nacidos de madre esclava?*
2. *De qué modo se hacian los esclavos por derecho civil?*
3. *Que sucede cuándo uno se sujeta espontáneamente á la servidumbre?*

1. *Ex ancillis nostris).* No solo se hacen siervos aquellos que son cogidos prisioneros, sino tambien sus descendientes para siempre; á saber, aquellos que nacen de madre esclava, y esto es lo que dice Marciano que por derecho de gentes se hacen esclavos nuestros aquellos que nacen de nuestras siervas, *l.* 5. §. 1. *de este tit.* (a) Hizose el dominio extensivo tambien á los hijos, porque si los vencedores hubiesen hecho uso de todo su derecho no hubieran los mismos nacido, de donde se deduce que los nacidos antes del cautiverio, á no ser que sean ellos mismos cogidos, no se hacen esclavos. Convinose tambien entre las naciones en que los hijos siguiesen la condicion de la madre, porque no habia ley ni regla cierta que reprobase las uniones de los siervos, de modo que ninguna presuncion bastante indicaba cual era el padre, y así ha de entenderse lo que Ulpiano dice, *que es una ley natural que siga la condicion de la madre aquel que nace fuera de legitimo matrimonio*, *l. lex naturæ* 24. *hoc tit.*; esto es, una ley de costumbre general sacada de una razon natural en cuyo sentido la palabra derecho natural se toma algunas veces abusando del mismo. Vinn. Con mas propiedad puede deducirse la esclavitud de los *vernas* del derecho de accesion; pues los esclavos, de personas se convertian en cosas mancipias, segun dijimos mas arriba; es así que de quien es la cosa lo es tambien su accesion; por esto, pues, el parto seguia al vientre como en los fetos de los animales. Hein.

2. *Jure civili).* Aunque la servidumbre es de derecho de gentes hay con todo algunos modos de constituirse por derecho civil. Exprésase aquí uno, porque es sabido que hubo mas; pues pertenece aquí la servidumbre de la pena, que tenia lugar por la atrocidad de la sentencia, de la que tenemos muchos ejemplos en nuestros libros: tambien eran reducidos á la esclavitud los libertos ingratos, §. 1. *inf. de cap. dimin.*, del mismo modo que los hijos ingratos vuelven otra vez á la potestad de sus padres, *l. un. C. de ingrat. lib.* Segun el Senadoconsulto Claudiano habia otro modo de perderse la libertad, cuando la muger libre se unia con un siervo ageno, y el dueño de este la denunciaba, *inf. l.* 3. *tit.* 13. Ulp. *in fragm. tit.* 11., en donde indica otro modo que esplica Cic. *pro Cecina* al fin de la oracion. Dionis. Halicar. *lib.* 4. Tambien era muy grande el poder que tenian los acreedores contra sus deudores, no siendo muy desemejante de los de la potestad señoril. Liv. *lib.* 2 *y* 8. Gelio *lib.* 20. *c.* 1. Porqué, pues, los siervos por derecho civil se llaman desconocidos, *incogniti?* no por otra causa, sino porque no se reputan por nadie en todo lo que aquel pertenece, no teniendo con el mismo participacion ninguna.

Liber homo). A saber ingenuo y de su derecho, segun muy bien advierte Cujacio, pues ni el liberto ni el hijo podian disminuir en nada este derecho del padre ó del patrono, lo que notan en este lugar Aug. y Fab.

Pretii participandi causa). Con tal que hubiese recibido cierto precio, *l.* 1. *quib. ff. ad lib. proc. non lic.*, fuese sabedor de su estado *l.* 2. *si lib. ing. esse dic.* y el comprador ignorase la condicion del vendido, *l.* 7. §. 2. *de lib. caus.* Véase la glosa, y a Accurs.

3. *Venundare passus sit*). Sobornábase á un hombre malo para que hiciese de vendedor por el cebo de alguna ganancia, y este era el que fingia vender un esclavo suyo. En algunos pueblos se acostumbraba el entregarse voluntariamente en servidumbre, como entre los Germanos que se la jugaban á los dados: *Victus voluntariam servitutem adibat*, dice Tácito *de morib. Germ. c.* 24. Posidonio Estóico refiere en las historias que en otro tiempo hubo muchos que, persuadidos de su imbecilidad se entregaron espontáneamente en servidumbre á otros, de modo que sus señores les proveian de lo necesario, y ellos en recompensa les hacian el trabajo que podian; lo que si se toma en su sentido natural nada tiene de excesivamente cruel, pues esta perpétua obligacion se compensa con la perpétua certidumbre de los alimentos, que no siempre tienen aquellos que arriendan sus trabajos, por lo que muchas veces sucede lo que dijo Eubulo:

Εθελει δ' άνευ μισθοῦ παρ' αυτοῖσ καταμένειν
Επισιτίζεσθαι.

esto es, acostumbra á tener sin trabajar el alimento debido tan solamente al trabajo.

Preguntan los doctores aqui, si puede uno obligarse perpétuamente á servir ó á arrendar

(a) L. 2. tit. 21. P. 4.

sus trabajos, lo que parece cierta especie de servidumbre; pues entre nosotros no están reconocidos los siervos, y todos responden que no hay duda: pero siendo esto promesa de un hecho se libra el promitente satisfaciendo el *id quod interest, l.* 13. §. 1. *ff. de re jud.* Véase acerca de esto á Grocio, *lib.* 2. *de jur. bell. c.* 5.

TEXTO.

De libertinorum et servorum divisione.

5. In servorum conditione nulla est differentia; in liberis autem multæ; aut enim sunt ingenui, aut libertini.

TRADUCCION.

De la division de los libertinos y siervos.

En la condicion de los siervos no hay diferencia ninguna: entre los libres, empero, hay mucha; pues ó son ingénuos, ó libertinos.

NOTAS.

5. *Nulla differentia*). La condicion de los siervos es la misma aunque sean varios sus ministerios, *l.* 5. *de eod.*; esto es, todos son igualmente siervos, y no hay diferencia ninguna entre haber nacido, ó haber sido hecho esclavo; aunque lo uno sea mas ventajoso que lo otro segun el antiguo proverbio, δοῦλος πρὸ δούλου, δέσποτης πρὸ δέσποτου, 1. *polit.* 4., esto es, el esclavo ante el esclavo y el señor ante el señor.

COMENTARIO.

1 *Entre los libres no hay diferencia ninguna.*

Nulla differentia). La condicion de los siervos es igual en todos, *l.* 5. *in pr. hoc. tit.* Mich. Attaliata dice: *los siervos son todos igualmente esclavos*, y ninguna diferencia hay entre haber nacido tal ó haberlo sido hecho. Ciertamente en cuanto á su trabajo y ministerio se diferencian entre sí los siervos; pues unos desempeñan oficios mas nobles, como son los mayordomos, dispensero y amanuenses; y otros mas viles como lo fregones, cocineros, etc. *l.* 15. §. *itaque prætor.* 44. *de injur. l.* 1. §. *caupones* 5. *naut cap. stab.*; pero dependiendo todo esto de la voluntad del señor en nada muda su condicion. Acerca de los varios ministerio y oficios de los siervos véase á Pedro Fabre *semestr. pag.* 155.

In liberis multæ). La primera diferencia es, si uno ha nacido, ó ha sido hecho libre esto es; si es ingénuo ó libertino; luego, si este es ciudadano Romano, Latino Juliano ó dediticio; y finalmente si siendo ciudadano Romano está ó no sujeto á potestad agena; y si no lo está, si se halla en tutela ó curaduría ó en ninguna de las dos. Y este es el resúmen de todo lo que en este primer libro se trata. La primera y segunda distincion apenas tienen hoy dia uso alguno, pues quitada por Justiniano la diferencia entre los libertinos, y siendo iguales en todo, (excepto en el derecho de patronato) los libertinos á los ingénuos segun derecho Novísimo, *Nov* 78. *c.* 1. *y* 2. ninguna diferencia parece haber quedado actualmente entre los hombres libres con respecto á la libertad; pues en cuanto al derecho de ciudad y familia aun se diferencian, y así es como creo debe entenderse lo que dice Bacovio en este lugar.

«Otras diferencias conocemos por nuestro «derecho moderno entre los hombres; pues «unos son españoles, otros estrangeros; y de «aquellos unos son nobles, otros plebeyos, «unos ciudadanos, otros no: unos seculares, «otros eclesiásticos, y aun de estos no ha «muchos años, unos seculares, otros regu«lares, segun estaban ó no ligados con los «tres votos monásticos.

TITULO CUARTO.

De los ingénuos.

CONC. CON EL TIT. 14. LIB. 7. DEL CÓD.

Sigue la esplicacion de las partes de la subdivicion hecha arriba, cuya esplicacion se hace por medio de la definicion de las mismas, dándose primeramente la de los ingénuos, *hoc. tit.*

Texto.

De ingenui definitione.

Ingenuus est is, qui statim ut natus est, liber est, sive ex duobus ingenuis matrimonio editus; sive ex libertinis duobus; sive ex altero libertino et altero ingenuo. Sed et si quis ex matre nascitur libera, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur, quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licèt ancilla conceperit. Et è contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat placuit, eum qui nascitur liberum nasci; quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Martianus probat liberum nasci; sufficit enim ei, qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse, ut liber nascatur, quod et verum est.

TRADUCCION.

De la definicion de los ingénuos.

Ingénuo es aquel que es libre desde que nació, haya sido procreado por el matrimonio de los ingénuos ó de dos libertinos, ó bien de un libertino y otro ingénuo; y aunque uno nazca de madre libre y padre esclavo será sin embargo ingénuo, del mismo modo que el que nace de madre libre y padre incierto; pues ha sido habido del vulgo. Basta que la madre haya sido libre en el tiempo del nacimiento aun cuando en el de la concepcion fuera esclava; y por el contrario si en el de esta fué libre y despues pariere siendo esclava no obstante será libre el que naciere, pues la calamidad de la madre no debe perjudicar al que está en el vientre. De ahí se ha preguntado si manumitida una sierva preñada y despues, reducida otra vez á la esclavitud pariere, será el parto libre ó siervo; y Marciano dice ser libre: pues basta á aquel que está en el útero haber tenido la madre libre durante el tiempo intermedio para que él lo sea, lo que es verdadero (a).

NOTAS.

Ingenuus). Los antiguos oponian los ingénuos á los espúreos y al principio les llamaban *patricios* por cuanto podian llamar á su padre. Liv. *lib.* 10. *cap.* 8. Por lo demás, ya antiguamente los que nacian libres fueron llamados ingénuos segun Plauto, *in Milit. act.* 4. *scen.* 1. *v.* 15 y *Pœnult. act.* 5. *sc.* 6. *v.* 8. Además los Latinos llaman *ingénuo* todo lo que es natural como Lucrecio: *Ingenuos fontes*, y Juvenal, *Ingenuum tophum*. Vinn. Pero ni de Livio ni de Festo aparece que los ingénuos se opusiesen en otro tiempo á los espúreos: únicamente Cincio en Festo observa que los patricios antiguamente se llamaban ingénuos; tal vez porque podian remontar su familia al principio de la ciudad. Decio en Livio dice que patricio es *aquel que puede llamar á su padre*; pero esto pudieron tambien hacerlo los plebeyos ingénuos. Hein.

Statim ut natus). Ingénuo propiamente es aquel que tiene la libertad desde su nacimiento, pero tambien debemos tener por tal á aquel que el Juez ha declarado serlo; pues la cosa juzgada se tiene por verdad, *l.* 25. *D. de stat. hom.*

Matre libera). Aquel que ha nacido fuera de legítimo matrimonio sigue la condicion de la madre, *l.* 19. *l.* 24. *D. de stat. hom.*

Quoniam vulgo conceptus). Con estas palabras se manifiesta la razon porque se dice nacido de incierto padre. Hotom. en vez de *quoniam* creo que ha de leerse: *id est qui.* Theophilo traduce, *nacido de union ilícita* (πορνείας).

Martianus probat). Todo este pasage esta tomado de Marciano *l.* 5. §. 2 y 3. *D. de stat. hom.* Será pues libre aquel que nace de madre que lo fué un momento en la concepcion, en el parto ó durante la preñez, lo que se dispuso así en favor de la libertad. Paul. *lib.* 2. *sent.* 24. Añádase la *l.* 18 *D. de stat. hom. l.* 4, *C. de pœn.*

COMENTARIO.

Ingenuus est is). Siempre debe tratarse de las palabras en primer lugar, aunque sea mas importante hacerlo de las cosas segun Platon *en Cratylo*; y Quintiliano quiere que se tenga cuidado con las palabras, solicitud con las cosas, *in prœm. lib.* 8. Los antiguos oponian los ingénuos á los espúreos, y los llamaban patricios porque podian llamar á su padre segun se vé en la oracion de P. Decio Murio *en Liv. lib.* 10. *cap.* 8., y confirma Cincio en Festo en la palabra *patricios*. Por lo demás, que aquellos que nacian libres, ya en otro tiempo fueron llamados ingénuos á diferencia de los que habian sido manumitidos, nos lo manifiesta el lugar de Plauto *in Milit. act.* 4. *sc.* 1. *v.* 15.

Quid? ea ingenua an festuca facta è serva libera est?

Y lo que responde Palestrio;

Vah, egone ut ad te ab libertina est auderem internuntiam?
Qui ingenuis satis respondere nequeas cupidis tui?

Esta palabra la usan los Latinos tambien respecto de aquellas cosas que proceden de la naturaleza, y se oponen á las facticias: así Lucrecio dice *ingenuos fontes*, y Juvenal in-

(a) L. 2. tit. 21. P. 4.

tophum y este último en su *sat.* 5. v. 48.

Quanto præstantius esset
numen aquæ, viridi si margine clauderet undas
herba, nec ingenuum violarent marmora tophum?

En cuyo lugar á la piedra toba natural la llama ingénua, y no es esto una metáfora como piensa Britannico. Ingénuo es, pues propiamente, aquel que tiene la libertad natural. Por lo demás, teniéndose la cosa juzgada por verdad, tambien tendrémos por ingénuo á aquel que ha sido declarado tal por sentencia del Juez, *l. antepen. D. de stat. hom.* Tambien tienen el derecho de ingénuidad, (salvo empero el de patronato) los que alcanzaron del Príncipe el anillo de oro; y una ingenuidad plenísima los que por el Príncipe son restablecidos en su nobleza, *t. de jur. aur. annul.* y *tit. de nat. rest.* Actualmente todos los hombres libres son ingénuos por la constitucion de Justiniano, *Nov.* 78, de modo que esta cuestion que antiguamente era de grande interés por las prerogativas de la ingenuidad hoy dia no tiene ningun uso.

Matre libera). El parto concebido fuera de las nupcias sigue la condicion de la madre, *l. lex naturæ* 24. *de stat. hom.* *l.* 5. *C. sol. matr.*, no pudiendo seguir la del padre por cuanto se finge no tener ninguno; siendo por derecho civil padre tan solo aquel que demuestran las nupcias legítimas, *l.* 6. *de his qui sui vel al. jur. l.* 5. *de in jus. voc.* Si hubiere nacido de una madre adscripticia será tambien adscripticio, *l. de diutius* 21. *C. de agric. et cens. lib.* 11.

Quoniam vulgo conceptus). Dase aquí la razon porque se dice nacido de padres inciertos; á saber, porque la madre tuvo trato con muchos; esto empero, no puede decirse de los nacidos de concubina, aunque ni estos tampoco se supone que tengan padres para los efectos del derecho civil y del legítimo matrimonio, tales como la patria potestad, los derechos de familia, etc. §. *si adversus* 22. *inf. de nupt.* VINN. Los nacidos de concubina se supone sí, que tienen padre; pero natural, de donde S. P. en los antiguos monumentos segun Plutarco quiere decir *sin padres.* Quæst. Rom. *p.* 316. HEIN.

Liberum nasci). Nace tambien libre aquel que ha sido habido de madre que fué libre en la concepcion, en el parto ó durante la preñez; lo que se ha dispuesto así, parte por una razon de derecho y parte en favor de la libertad. Paul. *lib.* 2. *sent.* 24. En general puede darse la razon de que siempre que se trata de la utilidad de aquel que está en el útero se reputa por nacido, *l.* 7. *l. pen. d. tit.* (a).

«En España en cuanto á la libertad se sigue la condicion de la madre, mas en cuanto á la nobleza y honores la del padre. *L.* 2. *tit.* 21. *P.* 4. De modo que un hijo nacido de padre libre y madre esclava será esclavo, y si los dos padres son libres, pero el uno de ellos es noble y el otro plebeyo, será el hijo plebeyo ó noble segun lo fuere el padre.»

TEXTO.

De servitute ac manumissione facti.

1. Quum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, et postea manumissum esse: sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.

TRADUCCION.

De la servidumbre y manumision de hecho.

Habiendo uno nacido ingénuo no le perjudica el haber estado en servidumbre, y haber sido despues manumitido; pues está mandado muchas veces, que la manumision no daña á la ingenuidad.

NOTAS.

1. *Constitutum est*). Muchas constituciones hay sobre este punto en el *tit. C. de ingenuis manum.* y aquí pertenece tambien la ley 21. §. 1. *de capt. et post.*

Natalibus). En Teofilo, τῇ εὐγενείᾳ, esto es, ingenuidad, verdad y origen de aquella. Paul. *lib.* 5. *sent.* 1.

Non officere). Esto es, que no queda impresa la nota de la condicion libertina.

COMENTARIO.

In servitute). Una cosa es estar en servidumbre, otra ser siervo; aquello es de hecho esto de derecho: así tambien es diferente estar en libertad, ó ser libre; estar en posesion ó poseer, *l.* 10. §. 1. *D. de acq. poss.* (b) Siervo es todo aquel que está en justa esclavitud, y dicese estar en servidumbre el que no siendo siervo se tiene por tal, como Pamfilo en la *Andria* de Terencio.

Natalibus). Esto es, la ingenuidad ó condicion nativa que no vició la falsa opinion de la servidumbre. Muchas constituciones hay sobre este particular en el *tit. Cod. de ingen.*

(a) L. 3. tit. 23. P. 4.
(b) L. 10. tit. 30. P. 3.

manum., y aquí pertenece tambien lo que Ulpiano dice en la *l. si quis* 21. §. 1. *de capt. et postl.* de que los prisioneros y vendidos en la guerra civil, y posteriormente manumitidos es supérfluo que pidan al Príncipe la restitucion de la ingenuidad, pues por semejante esclavitud no la perdieron. VINN. La misma razon mediaba en los hijos vendidos ó dados en noxa y despues manumitidos. *Cic. pro Cæcin. c.* 33. *lib.* 1. *de orat. cap.* 40. *Paul. Rec. sent.* 11., y tambien en los deudores dados en prenda á sus acreedores, despues de recobrada la libertad. Quintil. *Inst. lib.* 8. *cap.* 3. y *Decl.* 311. pues todos estos ni se consideraban libertinos, sino ingénuos. HEIN.

TITULO QUINTO.

De los libertinos. (a)

RESÚMEN DEL TÍTULO.

Esta es la otra parte de la subdivicion, que pertenece á los libertinos. Qué sean estos, de donde se derivan, porque medios llegan á este estado y de sus diversas cualidades se trata en este título.

TEXTO.

Definitio et origo libertinorum et manumissionis.

Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est, de manu datio; nam quamdiu aliquis in servitute est, manui et potestati suppositus est: et manumissus liberatur á domini potestate. Quæ res á jure gentium originem sumpsit: ut pote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio; cùm servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus ingenuitatem invasit, secutum est beneficium manumissionis: et cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera esse cœperunt; liberi, et his contrarium servi; et tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

TRADUCCION.

Definicion y orígen de los libertinos y de la manumision.

Los libertinos son aquellos que son manumitidos de una justa esclavitud. La palabra manumision se deriva de las latinas manu datio; *pues mientras alguno está en servidumbre se halla bajo mano y potestad agena y despues de manumitido se libra del poder del señor. Esto trae su orígen del derecho de gentes como que por derecho natural todos nacen libres, y no se conoceria la manumision si fuese la esclavitud desconocida; pero despues de haber por derecho de gentes la servidumbre apoderádose de la ingenuidad se siguió el beneficio de la manumision, y llamándose antes todos los hombres por un nombre comun, por derecho de gentes empezó á haber tres especies de hombres; á saber los libres y los contrarios á estos, los esclavos, y en tercer lugar los libertinos, que son aquellos que han dejado de ser siervos.* (b)

NOTAS.

Libertini). Está sacado este pasage de la *l.* 6. *D. de stat. hom.* En los tiempos de Apio el Ciego y posteriormente no se llamaron libertinos aquellos que habian sido manumitidos, sino los ingénuos nacidos de ellos, segun escribe Suetonio, *en Claud. c.* 24.; mas despues los mismos manumitidos empezaron á llamarse libertinos, é ingénuos los de ellos nacidos. Entre las palabras liberto y libertino hay esta diferencia; que aquella se refiere al derecho de patronato, y esta al estado de la persona, *l.* 1. *y ult. D. si ingen. esse dic. Liberto y patrono* son relativos; *libertino* é *ingenuo* contrarios. Hotom.

Justa servitute). Esto es, de una esclavitud que realmente lo sea, no de aquella que tan solo es tal por opinion y error. Teofilo añade ademas de *justa*, *legitima*, lo que no parece conforme.

De manu datio). Parece deber ponerse segun Florentino, *de manu missio*; esto es, *dacion de la libertad*, *l.* 4. *D. de just. et jur.*, para poder así en pocas palabras comprender la definicion del nombre y de la cosa.

Communi nomine). En Ulpiano *d. l.* 4. se lee *uno naturali nomine*, siendo el sentido de que todos los hombres son libres por naturaleza; para que así el nombre sea conforme con la cosa.

Liberi). Esto es, ingénuos. Pónese aquí una parte de la subdivision en la division misma, lo que acostumbra hacer con fre

(a) Tit. 22. P. 4.
(b) Tit. 22. P. 4.

cuencia Ulpiano de quien está sacado este pasage, *l.* 5. *D. de pact. l.* 1. §. 2. *D. de just. et jur.*

COMENTARIO.

Libertini sunt). Tranquilo en Claud. *c.* 24. escribe que antiguamente los libertinos no eran los mismos manumitidos, sino los ingénuos nacidos de ellos, en cuyo lugar se ven otras dos cosas: á saber, que posteriormente los mismos manumitidos empezaron á llamarse libertinos, y los de ellos nacidos ingénuos. Advierten muchos aquí segun Laur, Vall. *l.* 4. *c.* 1. que las palabras *libertino* y *liberto* se diferencian entre sí; siendo aquella correlativa de *ingénuo*, y esta de *patrono*; esto es, designándose con la palabra *libertino* el estado del hombre que se opone á la ingenuidad, y con la de *liberto* cierto particular respeto hácia el patrono, con referencia al cual el manumitido se llama *liberto;* no *libertino*. Lo que en el mismo lugar advierte Valla, á saber, de que *libertino* es adjetivo y *liberto* substantivo es de poco momento. Vinn. No siempre los antiguos observaron esta diferencia, *L.* 4. *de just. et jur. l.* 20. §. 4. *de bon. libert. l.* 28. *eod.*, si el texto está correcto. Véase á Ducker *de Latin. Jet. vet. p.* 378. *y sig.* Hein.

Ex justa servitute manumissi). Esto es, una esclavitud que lo sea en realidad, no tan solo por opinion ni error. Algunas veces los esclavos reciben la libertad sin manumision del señor; á saber, por algun Senadoconsulto ó constitucion. Dános ejemplo de esto el *tit. ff. qui sin. man. ad lib. perv. y el tit. C. pro quib. c. serv. pro præm. lib. ac.* (a) Mas generalmente hubieran podido definirse los libertinos, diciendo ser aquellos que dejaron de ser siervos, segun se hace al fin de este párrafo tomado de Ulpiano, *l.* 4. *de just. et iur.*, de quien se ha sacado todo lo demás del mismo.

De manu datio). Deberia decirse segun el texto Florentino *de manu missio;* esto es, *dacion de la libertad. d. l.* 4. *de just. et jur.*, para en pocas palabras comprender la definicion del nombre y de la cosa. *De manu* aquí quiere decir, *de la potestad del Señor.* Lucan, *lib.* 1. dice,

In manibus vestris, quantus sit Cœsar, habetis.

Ingenuitatem). Creo con Bacovio que esta palabra se ha de borrar, pues no se encuentra en las ediciones vulgares, ni en Ulpiano, *d. l.* 4., de donde esto está sacado, ni la reconocen tampoco Hotom. Cujac. Cont. ni Teofilo.

Communi nomine). Segun otros, *naturali nomine;* es decir; siendo todos los hombres libres, para que el nombre sea conforme con la cosa. Mucho de lo perteneciente aquí lo dijimos en el *tit. de jur. nat. gent. et civ.*

(a) L. 3. y 4. tit. 22. P. 4. L. 45. tit. 5. P. 5.

TEXTO.

Quibus modis manumittatur.

1. Multis autem modis manumissio procedit; aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis; aut vindicta; aut inter amicos: aut per epistolam, aut per testamentum; aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed ad aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam ex nostris constitutionibus introducti sunt.

TRADUCCION.

De los modos de manumitir.

La manumision es de muchos modos; pues ó se hace segun las sagradas constituciones en las Iglesias sacrosantas, ó por vindicta, ó entre amigos, ó por carta ó en testamento, ó por otra cualquier última voluntad. (a) De otros muchos modos puede darse la libertad al siervo, los que han sido introducidos, ya por las antiguas constituciones, ya por las nuestras. (b)

NOTAS.

Sacrosanctis Ecclesiis). Este modo de dar la libertad fué introducido por Constantino, *l.* 1. *y* 2 *Cod. de his qui in Eccles. man.*, y sustituido en lugar del que antes se hacia por medio del censo lustral. Sigon. *l.* 1. *de antiquis. jur. civ. rom. c.* 14.

Vindicta). Segun Boecio en *Topic. Cic.* consistia la Vindicta en una varilla que el lictor ponia por mandato del Magistrado sobre la cabeza del que iba á ser manumitido. Plauto en *Mil. Glor. act.* 4. *scen.* 1. *v.* 15. la llama *Festuca*, *y Plutarco* κάρφος, esto es, varita delgada, *de sera num. vind.* Créese que este nombre trajo su origen de Vindicio esclavo de los Vitelios, quien habiendo descubierto una conjuracion de los jóvenes nobles para restituir á los Tarquinos fué el primero manumitido de este modo, *Liv. lib.* 2. *c.* 5.

COMENTARIO.

Multis autem modis). Antiguamente solo

(a) L. 1. tit. 22. P. 4. vers. E puede dar, tit. 5, P. 5.
(b) L. 3. y sig. del mismo título.

hizo con los libertinos, habiendo últimamente quitado el estado de estos por la conceion de la ingenuidad á los manumitidos *Nov.* 78. *cap.* 5.

COMENTARIO.

Qué derecho tenian los libertos Latinos?
Qué derecho los dediticios?
Antonio igualó á todos los ingénuos entre sí; Justiniano á todos los libertinos.

Antea fuerat). Esto no ha de referirse á los tiempos de la República libre, sino á los posteriores; pues segun Suetonio; Augusto fué el primero que viendo, que con la manumision de los esclavos se contaminaba el pueblo Romano (de lo que ya se queja Dion. Halic. *lib.* 4.) les puso muchas dificultades para alcanzar una libertad completa, y dictó muchas disposiciones acerca del número, condicion y diferencia de los manumitidos. De ahi el orígen de las leyes Elia Sencia y Fusia y Caninia, de las cuales tratarémos mas abajo, y de ahi tambien la Junia Norbana, dada siendo cónsules Silano y Lucio Norbano.

Cives Romani). A saber, aquellos que habian sido manumitidos por censo; vindicta ó testamento; no por cartas ó entre amigos. Ulp. y Cajo *in Inst.*

1. *Latini in lege Norbana*). En la cual se establecia que los esclavos manumitidos por carta, entre amigos ó en un convite no fuesen ciudadanos Romanos, sino que adquiriesen únicamente los derechos que antes de la guerra social tenian los Latinos; y esto quiso significar Justiniano, *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.*, al decir, *que los libertos Latinos fueron introducidos á semejanza de la antigua Latinidad que se concedió á las colonias.* Sabemos tambien por Ciceron *pro Cecin. c.* 34. *y pro domo sua c.* 30., que aquellos que se inscribian en una colonia Latina, ó eran llevados á ella y recibidos en su ciudad perdian el derecho de ciudadanos Romanos; y esto es lo que dice Boecio *in Top. Cic. cap.* 2. *Con esta marcha á las colonias Latinas tiene lugar la capitisdiminucion media.* Y siendo esto así; se deduce que no debieron tener ni el derecho de matrimonio, ni el de testamento, ni el de patria potestad, ni el de tutela, y por fin que debió ser igual la condicion de los libertos Latinos, segun elocuentemente en muchos lugares atestigua Ulp. *en sus fragm.* Justiniano se espresa así respecto de los libertos Latinos, §. *ult. inf. de success. libert. Eos quidem ut liberos vitam peregisse; attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amisisse; et quasi servorum, ita bona eorum jure quodammodo peculii patronos occupasse.* Concuerda la *l.* 1, *C. Theod. de petit. hæred.* Del mismo modo empero, que los colonos Latinos por muchas causas pudieron llegar á alcanzar el derecho de ciudadanos Romanos (las que Gruch. reunió en el *lib.* 2. *de comit.*, tomándolas de Liv. Appian. y Cic. *pro Cœc.*, *pro Balbo*, *pro dom sua.*) asi tambien los Latinos pudieron engrandecerse por derecho de los Quirites de muchas maneras, lasque refiere Ulp. *en sus fragm. tit.* 3.

2. *Ex lege Ælia Sentia dediti*). El autor de esta ley fué Augusto, siendo cónsules *Aug. cap.* 40., que Augusto mandó, que *aquel que hubiese sido atado ó atormentado, por ningun género de libertad pudiese llegar á adquirir el derecho de ciudadano Romano.* Y puede creerse que estos libertos dediticios tuvieron la misma libertad que el pueblo Romano habia dejado á aquellos Latinos, que vencidos despues de su defeccion fueron recibidos á capitulacion concediéndoles por humanidad la vida, y cierta sombra de libertad, pero de modo que privados del derecho de matrimonio y de los contratos jamás adquiriesen el derecho de ciudadanos; de suerte que estos son tambien libertos Latinos, pero de la misma condicion que los Latinos dediticios: véase Ulp. y Cajo *in Inst.* La fórmula de la rendicion ó capitulacion nos la refiere Livio en la de los Colatinos y Campanienses, *l.* 1. *c.* 38. *y* 7. *c.* 31. VINN. Véase lo que mas arriba dijimos. HEIN.

In meliorem statum reduxit). No deja de haber en esto mucho que decir. Ciertamente, otro fué el modo de pensar de Augusto, quien tenia en mucho el conservar al pueblo puro y libre de toda comunicacion con sangre estrangera ó servil, y que era tan parco en conceder el derecho de ciudad, que lo negó á Livia que lo pedia por un Galo tributario, concediéndola en favor del mismo la immunidad; diciendo, que queria mas bien quitar algo al fisco, que no prostituir el honor de ciudadano Romano. Sueton. *in August. c.* 40.

Primis cunabulis). No debemos entender esto, como que desde la fundacion de la ciudad hubiesen los manumitidos tenido el derecho de ciudadanos, sino desde que se hizo comun á los mismos; lo que sucedió en la infancia de Roma bajo el Rey Servio Tulio, y se observó despues por largo tiempo hasta el de Augusto. Dionys. Halic. *lib.* 4. *p.* 126. Y así en aquel tiempo durante la República fué igual la condicion de todos los

libertinos; pues todos ellos por un mismo derecho eran ciudadanos Romanos y disfrutaban de una plena y legítima libertad.

Libertinus sit). Por derecho novísimo se quitó esto, habiéndose concedido la ingenuidad á los libertinos, quedando con todo á salvo el derecho de patronato. *Nov.* 78.

Ætatis manumissi). Por la ley Elia Sencia se disponia que el siervo menor de treinta años, manumitido por testamento no se hiciese ciudadano, sino Latino, y que los manumitidos *por vindicta* no adquiriesen los derechos de tales sino en caso que hubiese sido aprobada la causa de manumision en el consejo, segun Ulp. *in fragm. tit.* 1. §. 12. En cuanto al censo nada hay que decir; aunque, ó es necesario que este acto fuese nulo, ó que aquel que hubiese sido inscrito entre los ciudadanos adquiriese los derechos de tal, y así es que dudo sea cierto lo que generalmente dice Teófilo de que todo siervo menor de treinta años, de cualquier modo que fuese manumitido se hacia Latino. Vinn. Acerca del censo nada dice Ulpiano; porque en su tiempo no estaba en uso; pero no cabe duda en que un menor de treinta años manumitido por este medio quedaba Latino; pues el fragmento de la regla del antiguo Jurisconsulto nos enseña que solo los mayores de treinta años podian ser ciudadanos Romanos: véase á Schultingio, *ad Ulp. tit.* 1. §. 12. Hein.

Domini manumittentis). Agustino 3. *emend.* cree que ha de leerse *dominii*, de modo que esto no se refiere á la edad del señor sino á la cualidad del dominio, de cuyo parecer es Grot. *h. in flor spars.*; y que Teófilo lo lee tambien así lo prueban las palabras de su paráfrasis, περί τὴν δεσποτείαν τοῦ ἐλευθεροῦντος, es decir, sobre el dominio del que da la libertad; pues de los dueños, unos tenian el dominio en los bienes y otros por derecho Quiritario: aquel constituia el Latino; este el ciudadano, Ulp. *in fragm. tit.* 1. §. 11. Teófilo aquí. Cuya diferencia fué quitada por Justiniano, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

3. *Civitate Romana decoravimus*). Pero ya mucho antes todos los que vivian en la ciudad Romana fueron declarados ciudadanos por la constitucion de Antonino, segun Ulpiano, *l. in orbe* 17. *de stat. hom.* Mas aquella constitucion no se refiere á los que no podian ser ciudadanos Romanos por la condicion de su persona, sino por el lugar de su nacimiento ó patria; y para que se entienda esto mejor debe saberse, que antiguamente el derecho de ciudadano Romano no se concedia sino muy raras veces, y solo á los ciudadanos beneméritos. Posteriormente por la ley Julia fué concedido á todos los aliados y Latinos que depusieron las armas; lo que se hizo al principio de la guerra social, Sigon. *lib.* 3. *de antiq. jur. Ital. cap.* 1 y 2. Este beneficio, empero, se limitaba á Italia segun manifiesta Cic. *pro Balb. c.* 21. Mas con el progreso del tiempo fué concedido á algunos provinciales, y finalmente á todos aquellos que vivian en el Imperio por la constitucion de Antonino. Este, pues, con la concesion de semejante derecho igualó á todos los ingénuos, y Justiniano quitando la diferencia de la manumision, á todos los libertinos, á los que últimamente igualó tambien con los ingénuos, quedando con todo á salvo el derecho de patronato, *Nov.* 78, que consiste en cierto obsequio y reverencia, en ciertos trabajos, dones y remuneraciones, y en la sucesion de los libertos, *tit. ff. de jur. patron.* y algunos de los sigg. *lib. sig.* (a). Hay tambien algunas especies de manumision tácita; por ejemplo, si el señor nombra tutor ó heredero á un siervo suyo, ó le adopta, §. 2. *inf. tit. prox.* §. 1. *inf. qui test. tut. dar.* §. *ult. inf. de adop.*, y otros muchos que no merecen referirse ó esplicarse; habiéndolos reunido Gudelino *lib.* 1. *de jur. noviss. c.* 4. (b) Vinn. A todo lo dicho debe añadirse que al principio se concedió el derecho de ciudadano indistintamente á todos los que iban á establecerse á Roma, aun á los vencidos. Liv. *lib.* 1. *cap.* 8. Cic. *pro Balbo. cap.* 12. Dion. Halic. *lib.* 4. *p.* 226. Mas adelante se concedió á algunas ciudades á las que se dió el nombre de municipios. Ez. Spanh. *orb. Rom. Ex.* 1. 8. La ley Julia no fué dada al principio, sino al fin de la guerra social en el año 664 de la fundacion de Roma, y por ella se concedió el derecho de ciudadanos, no á todos los Italianos, sino tan solo á aquellos que durante la guerra habian permanecido fieles. Appian. *de B. C. lib.* 1. *p.* 379. Cic. *pro Balb. c.* 21. Aunque los demás tambien lo adquirieron por despues por la ley Plaucia, Cic. *pro Archia c.* 4. á excepcion de los Lucanos y Samnitas, que lo lograron el año 670. Epit. Liv. *lib.* 84. Todo lo demás está muy bien esplicado por Spanh. *in orb. Rom.* Hein.

« En España tampoco conocemos diferencia « ninguna entre los libertinos, siendo igual « la condicion de todos, y llamándolos á to « dos indistintamente *aforrados* las leyes de « Partida. »

(a) L. 8. tit. 22. p. 4.
(b) L. 7. tit. 16. P. 6 L. 3. tit. 8. de la misma L. 5 y 13 tit 22 P. 4.

TITULO SEXTO.

Quienes y por qué causas no pueden manumitir

CONC. CON EL DIG. LIB. 40. TIT. 9. Y CON EL C. LIB. 7. TIT. 11.

Argumento del título.

De lo que se ha dicho en el título anterior ha podido deducirse, que aunque hay varios modos de manumitir, sin embargo es igual la fuerza y efecto de todos ellos; de modo que todos los manumitidos son libres y ciudadanos Romanos. Mas con esta equiparacion de todos los manumitidos en nada se ha derogado la ley Elia Sencia, que por ciertas causas impedia la libertad, sino que por las mismas que la impedia antes de la referida equiparacion, por las mismas hoy dia se impide que los manumitidos adquieran la libertad. Dos causas que aquí se proponen y esplican son las comprendidas en los capítulos de dicha ley, de los cuales el primero dispone, *que ninguno manumita en fraude de sus acreedores, á no ser con el objeto de instituir heredero á un siervo único*, y en el segundo *que los menores de veinte años no puedan manumitir sino mediante justa causa aprobada en el consejo.* Otras tantas pues, serán las excepciones de la regla antecedente.

TEXTO.

Prius caput Legis Æliæ Sentiæ de manumittente in fraudem creditorum.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet, nam is, qui in fraudem, creditorum manumittit, nihil agit: quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

TRADUCCION.

Capítulo primero de la ley Elia Sencia acerca del que manumite en fraude de los acreedores.

No á todo aquel que quiere manumitir le es permitido hacerlo, pues el que manumite en fraude de los acreedores nada hace, porque la ley Elia Sencia impide la libertad. (a).

(a) L. 21. tit. 5. P. 6.

NOTAS.

Nihil agit). Así es que los así manumitidos no serán libres, y la razon que de esto se da es, porque la ley Elia Sencia impide la libertad, esto es, prohibe que se hagan libres; del mismo modo que en general es nulo *ipso jure* todo lo que se hace contra la prohibicion de la ley, *l.* 5. *C. de legib.* Así que, cuando en algun parage leemos que la libertad se rescinde ó revoca por la ley Elia Sencia debe esto entenderse dicho impropiamente, esto es, con respecto al acto de la manumision, que está en suspenso hasta que conste el fraude, y si los acreedores quieren hacer uso de su derecho. Esta ley fué dada en tiempo de Augusto segun indica Dionys *lib.* 55. *p.* 557. Véase el *Indic. leg. Rom* Hotom. Conn. *lib.* 2. *comm. c.* 5. VINN. Muy lleno de erudicion está lo que acerca de la historia de esta ley escribe Henr. Noris. *ad Cenotaph. Pis. Diss.* 3. *c.* 9. Debe igualmente observarse que con esta ley queda prohibida tambien la manumision en fraude de los patronos, Cajo, *Instit. lib.* 1. *tit.* 1. §. 6. Ulp. *tit.* 1. §. 15, lo que Oiselio hace derivar malamente de la ley de las doce tablas. HEIN.

COMENTARIO.

Nihil agit.) Es decir que los así manumitidos no son libres, y la razon que de esto se da es porque la ley Elia Sencia impide la libertad, esto es, prohibe que el siervo se haga libre, *l. in fraudem* 27. *ff. qui et a quib. man.*; del mismo modo que en general es nulo *ipso jure* todo lo que se hace contra la prohibicion de la ley, *l. non dubium* 5 *C. de legib.* Por lo que cuando leemos que la libertad se rescinde ó revoca por la ley Elia Sencia como se ve en la *l.* 5. §. 2. *ded. tit. l.* 1. *C. qui man. non poss.* debemos entender esto en un sentido impropio, y con referencia al acto de la manumision, que no es nu-

lo *ipso jure* desde luego y de un principio, sino que se suspende hasta saberse si los acreedores han sido ó no perjudicados, y habiéndolo sido, si quieren hacer uso de su derecho; es decir que el acto es válido, y los manumitidos se reputan libres de hecho: mas si hubieren sido defraudados los acreedores, y estos hacen uso de su derecho, es lo mismo que si no hubiese habido manumision ninguna. Pero miéntras esto no conste, dice Paulo, que los manumitidos son libres de hecho, *l.* 4 *de stat. lib.* El mismo manumisor ni sus herederos no pueden bajo pretexto ninguno revocar la libertad, *l.* 5. *C. de serv. pig. dat. man. l.* 3. *qui et a quib. man.* A todo lo dicho puede añadirse una razon peculiar; á saber, que la libertad una vez dada, no puede revocarse, §. *semel* 6. *hoc. tit. leg.* 9. §. 4. *de man. vind.* De todo lo que se deduce manifiestamente, que se equivoca Pacio al escribir en sus notas marginales que la libertad no se adquiere *ipso jure*, sino que puede retractarse. Muy diferente es la razon en que se funda el edicto *quæ in fraud. cred.*

TEXTO.

De servo instituto cum libertate.

1. Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate hæredem instituere, ut liber fiat, hæresque ei solus et necessarius si modo ei nemo alius ex eo testamento hæres extiterit: aut quia nemo hæres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa hæres ei non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum et recté. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines quibus alius hæres extiturus non esset, vel servum suum necessarium hæredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus, aut hoc eo non faciente creditores res hæreditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.

TRADUCCION.

Del siervo instituido heredero con la libertad.

El señor que está insolvente puede instituir en testamento por heredero á su siervo dándole la libertad, de modo que se haga libre, y sea su heredero solo y necesario; con tal que no haya ningun otro heredero segun aquel testamento, ya sea por que no le hubiese nombrado, ó ya porque habiéndole, por alguna causa no fuese heredero. Lo que tambien se dispuso por la misma ley Elia Sencia y con justicia; pues debia tomarse alguna precaucion para que los hombres necesitados que no tuviesen ningun otro heredero, á lo menos pudiesen tener á un siervo suyo como á heredero necesario, el que satisfaciese á sus acreedores, ó en cuyo nombre (no haciéndolo) vendiesen estos las cosas heredetarias, á fin de que no se deshonrase al difunto (a).

(a) L. 21. tit. 3. P. 6.

NOTAS.

1. *Hæresque ei solus*). No solo es necesario que se le haya nombrado heredero sino que no exista ningun otro, ni aun por substitucion, *l.* 57. *D. de hæred. instit.*

Injuria). Pónese en lugar de *ignominia*; pues es ignominioso venderse los bienes de alguno por deudas, acerca de lo cual es buen testigo Cic. *pro Quint. c.* 15. Así la razon en que se funda esta excepcion es, porque la ignominia de la almoneda, que de otro modo recaeria en el difunto, recaiga mas bien en el siervo heredero.

COMENTARIO.

En el capítulo de la ley Elia Sencia que dice, *que nadie puede manumitir en fraude de los acreedores*, se añade la excepcion; *á no ser que en testamento se mandase ser libre y heredero á uno de los siervos propios*, y la razon de haberse así dispuesto por la ley la verémos luego.

Hæresque ei solus). No porque sea necesario de que solo á él se le haya nombrado heredero, sino porque si hay muchos se requiere, que falten los otros, y que no haya ningun otro heredero, ni aun de segundo grado, como por ejemplo un hombre libre substituto, *l. si is qui* 57. *de hær. inst.*; porque si estuviese en segundo lugar tambien un siervo, solo será heredero el primeramente escrito, *l. qui solvendo* 60 *ff. d. tit.* Que sucederá, empero, si se nombran dos siervos en un mismo grado? Que el uno al otro impedirá ser heredero, aunque si antes de abrirse el testamento muriese uno de ellos, el que quedaria seria libre y heredero, *l.* 42. *y sig. eod.*

Necessarius). Llámase así, no porque se le obligue á adir la herencia; sino porque, quiera ó no, desde el momento mismo de la muerte del testador es libre y heredero, §. 1. *inf. de hær. qual. et diff.* (a), esto es, *ipso jure*, á la manera de los herederos suyos y necesarios, *arg. l. furiosus* 63. *ff. de acq hær.* Habiendo entre ellos la única diferencia, de que el pretor concede á los herederos suyos el beneficio de abstenerse de la herencia, y no á los necesarios, *ley necessariis* 57. *de tit. de acq. hæred.*

Valdè enim prospiciendum erat). Bastante justa parece la razon en que esta excepcion se funda; á saber, para no perjudicar la fama del difunto, y á fin de evitarle la igno

(a) L. 21. tit. 3. P. 6. vers. E necessarios.

·inia de la almoneda ó venta pública que de otro modo recaeria en él, y hacer que cargue sobre el siervo heredero, quien por dos causas debe resignarse gustoso á esto; primera, porque adquiere una cosa preciosisima é inestimable como es la libertad; y segunda, porque todo lo que adquiere con posterioridad á la muerte de su patrono no está afecto á los acreedores, si pidiere la separacion de bienes, que puede alcanzar con tal que no se hubiere mezclado en los bienes del difunto, *d.* §. 1. *Inst. de hær. qual. et diff. l.* 1. § *ult. de separ.* Equivócanse, pues, los que dicen que el siervo, heredero necesario, puede ser reconvenido, si despues llegase á mejor fortuna, á ejemplo de los que hicieron cesion de bienes, §. *ult. inf. de act.*

Injuria). Esto es, ignominia, pues aunque el edicto del Pretor no infame, con todo se perjudica el buen nombre y no puede evitar la infamia de hecho aquel cuyos bienes se ponen en venta pública, sobre lo que tenemos un buen testimonio en Cic. *pro Quintio c.* 15.

«En España cuando los bienes del testa«dor que ha instituido por heredero á un «siervo no son suficientes para pagar sus «deudas y legados; todos los bienes que el «siervo instituido adquiera, aun despues de «la muerte del testador estarán afectos á su «pago, segun la *l.* 21. *vers. E por tal. tit.* 3. «*P.* 6. La facultad que en la *ley* 24 del mis«mo titulo se concede al testador de poder «nombrar herederos á muchos siervos, no «se ha de entender de modo que todos los «instituidos consigan su libertad; sino que «únicamente producirá el efecto de que, en «el caso de que falte el uno de ellos, pueda «entrar el otro á ser heredero, segun asi «está decidido por derecho Romano, en la «*l.* 42. *de hær. inst. ff.* pues para poner á «cubierto la buena reputacion del difunto, «que es el fin de esta ley, basta con un solo «heredero.»

TEXTO.

De servo instituto sine libertate.

2. Idemque juris est, et si sine libertate servus hæres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur: quum non sit verisimile, eum quem hæredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi hæredem fore.

TRADUCCION.

Del siervo instituido heredero sin la libertad.

Lo mismo sucede, aunque se haya nombrado heredero al siervo sin la libertad, lo que dispuso nuestra constitucion, no solo con respeto al señor insolvente, sino en general, por una nueva razon de humanidad, de modo que por sola la institucion parezca competer la libertad, no siendo verosímil que por haber omitido la dacion de esta quiera que quede esclavo aquel mismo que elige por heredero y de esta suerte no tenga ninguno (a).

NOTAS.

2. *Sine libertate*). No porque haya prohibido expresamente el que sea libre, sino por omision, no habiendo hecho mencion de la libertad.

Nostra constitutio). *L. pen. C. de necess. serv. hær. inst. pr. infr. de hær. inst.*

Nova humanitatis ratione.) Pues, aunque algunos de los antiguos autores del derecho habian sido ya de este parecer, eran en corto número, por lo que antes no se observó. Cujacio en *d. pr. de hær. inst.*

COMENTARIO.

Nova humanitatis ratione). Justiniano fué el primero que estableció en general, que el siervo simplemente instituido heredero por su señor fuese libre y heredero, habiendo seguido el parecer de los antiguos, aunque de un corto número, por cuya razon no se observaba esto antes, *l. pen. C. de nec. serv. hær. instit. pr. infr. de hær. instit.*

Quum non sit verisimile). Pues el que quiere el consiguiente, segun advierten aqui los Doctores en la *l.* 2. *de jurisd.*, tambien se entiende quiere el antecedente, sin el cual no pueden alcanzarse las consecuencias; (b) y la misma razon tuvieron sin duda Paulo y Atilicino, quienes ya antes fueron del mismo parecer. Mas esta razon no pareció á otros bastante satisfactoria, tal vez porque siendo la libertad una cosa mayor y de mas precio que la misma herencia parecia absurdo, que por consecuencia de la herencia dada adquiriese el siervo la libertad, cosa de mucho mayor momento. La razon del derecho no permite que lo que es mas digno y mas principal tome su fuerza de otra cosa menos digna y principal, segun la *ley quod per manus* 10. *ff. de jure Codicill.* La constitucion de Justiniano puede tambien acomodarse á los adscripticios, si en alguna parte los hay; y asi, si alguno diese un feudo á un hombre propio, segun le llaman, por este hecho se entenderá habérsele dado la libertad, Tulden. *in comm. hic cap.* 3. Vinn.

(a) L. 3. tit. 3. P.
(b) D. 1. 3.

tambien hay quien opina que se presume dada la libertad, si alguno manda bautizar á un turco ó pagano; pero el célebre Tomasio refuta doctamente esta opinion, en su disertacion particular sobre la *manumision por medio del bautismo*. Hein.

TEXTO.

Quid sit in fraudem creditorum manumittere.

1. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, et consilio manumittentis et ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.

TRADUCCION.

Qué cosa sea manumitir en fraude de los acreedores.

Dícese manumitir en fraude de los acreedores aquel que o ya en el tiempo en que manumite es insolvente, ó que dada la libertad ha dejado de ser solvente (a). Ha prevalecido sin embargo, que á no haber el manumisor tenido el ánimo de defraudar no se impide la libertad; aunque sus bienes no basten á los acreedores; pues muchas veces los hombres se creen mas ricos de lo que son en realidad. Dirémos pues que se impide la libertad cuando los acreedores quedan defraudados de entrambos modos; esto es, por la intencion del manumitente, y en el mismo resultado, por cuanto los bienes de aquel no podrán bastar á los mismos.

NOTAS.

3. *In fraudem*). Está copiado este lugar de la *l. 10. D. qui et á quib. man.*

Desiturus est solvendo esse). Hé aquí un ejemplo: Sempronio que tenia mil en sus bienes, y debia la misma cantidad, manumitió á un siervo en fraude de los acreedores, por cuyo hecho faltaron cincuenta de sus bienes; de modo que ya no era posible á los acreedores conseguir el todo: pregúntase si se impide en este caso la libertad, y no hay duda que sí, segun Cayo en *d. l. 10*.

Prævaluisse). La libertad no se revoca á no ser que á la vez el manumitor tuviese el ánimo de defraudar, y que en realidad queden perjudicados los acreedores. *d. l. 10. l. 1. C. qui man non poss.* En la libertad fideicomisaria, empero, solo se atiende al resultado, *l. 4. §. 19. al fin D. de fideicom.*, *lib l. ult. C. eod.*

(a) L. 7. tit. 15. P. 5. vers. Eso mismo.

COMENTARIO.

Desiturus est solvendo esse). Está copiado este lugar de la ley *in fraudem 10, qui et á quib. man.* Hablando la ley Elia Sencia simplemente del deudor insolvente; pregúntase si puede tambien referirse á aquel que despues de la manumision ha dejado de poder pagar, y no hay duda que sí, *d. l. 10.* La razon es óbvia; pues no se entiende que puede pagar aquel que no puede satisfacer todo lo que debe, *l. solvendo 114. ff. de verb. sign.* y no puede hacerlo aquel que deja de poder.

Prævaluisse). La libertad no se revoca, á no ser que á la vez haya el manumisor tenido ánimo de defraudar á los acreedores, y que estos queden realmente defraudados, *d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss.*, lo que sin duda se deduce de la misma ley que habla simplemente: no de alguna razon especial y del favor de la libertad, segun piensa Wesemb.; sino de una razon general, que pertenece tambien á la revocacion de que se trata en el edicto, *Quæ in fraudem creditorum*, sobre el que hablarémos en el §. 6. *infr. de act.* A los acreedores que demandan toca el probar que han salidos perjudicados, y que el manumisor tuvo intencion de defraudarles; y en este caso se admitirán las presunciones que manifiesten haber habido ó no fraude; sobre lo que véanse los doctores aquí y en *d. §. 6.* Por lo demás, lo que aquí dijimos solo tiene lugar en la libertad dada directamente en testamento; pues en la fideicomisaria solo se atiende al resultado, *l. 4, §. si in fraudem 19. al fin de fideic. lib. 1. ult. C. qui man. non. poss.* Será esto tal vez porqué la cosa está aun íntegra, y porque haya parecido mas fácil impedir la libertad cuando el esclavo ha de ser manumitido por otro? Vinn. Admiten muchos esta razon: véase á B. Hub. *Disp. Jur. Fundam. 9. §. 10.* Hein.

De facultatibus suis amplius sperant). Muchas veces por un vicio inherente á la naturaleza humana el hombre, aunque sus bienes sean limitados, tiene ilimitadas las esperanzas; lo que sucede con frecuencia á los que se dedican á negociaciones marítimas, y en otros paises que los que ellos habitan por medio de institores, *d. l. 10. qui et á quib. man.*; de cuyo lugar aparece que lo que aquí se dice, no solo pertenece á la libertad testamentaria, si que tambien á la dada en-

tre vivos; contra lo que dice Schneidvvino.

TEXTO.

Alterum caput Legis Æliæ Sentiæ de minore viginti annis.

4. Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quàm si vindicta apud consilium, justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.

TRADUCCION.

Otro capítulo de la ley Elia Sencia acerca del menor de veinte años.

Por la misma ley Elia Sencia no se permite al señor menor de veinte años manumitir, sino por vindicta en el consejo, prévia aprobacion de la justa causa de manumision.

NOTAS.

Domino). *L.* 4. §. *ult.*, y á cada paso en el *D. de manum. vind.* Quiso la ley tomar precauciones á fin de que no se diese á los siervos la libertad y el derecho de ciudadano temerariamente y sin consejo deliberado.

Apud consilium). Concurrian al consejo de Roma cinco Senadores y cinco Caballeros; mas en las provincias veinte ciudadanos Romanos nombrados jueces á este efecto, Ulp. *tit.* 1. §. 8. *Theoph. hic.* En las notas, estas letras D. S. y C. quieren decir *de consilii sententia*. Grot. *in spars. Flor.* Aquel que tiene á su cargo jurisdiccion no puede desempeñar el empleo de consejero, *l.* 2. *D. de off. ejus cui mand. jurisd.* De donde se deduce que los Magistrados no podian ser consejeros en fuerza de su sola jurisdiccion, *vg. l.* 1. *pr. d. tit.*

COMENTARIO.

Otro capítulo de la ley Elia Sencia fué que *los menores de veinte años no podian manumitir, sino mediante una justa causa aprobada en el consejo*, *l.* 1. *de manum. l.* 11. *et seqq. de manu. vind.* La ley ha querido evitar el que se diese á los siervos la libertad y el derecho de ciudadano temerariamente y sin un consejo deliberado.

Quam si vindicta). Debe leerse como lo hace Hotom., insiguiendo la autoridad de los libros antiguos, *Quàm si dicta apud consilium justa causa manumissionis, aprobata fuerit manumissio*; esto es, á no ser que habiéndose manifestado antes al consejo una justa causa de manumision, fuere esta aprobada; y así tambien Teófilo.

TEXTO.

Quæ sunt justæ causæ manumissionis.

5. Justæ autem causæ manumissionis sunt, veluti si quis patrem aut matrem, filiumve, filiamve, aut fratres, sororesve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum, alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi causa; dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur nisi justa causa impediat; et servus, et qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem et semptem annis manumittatur.

TRADUCCION.

Cuales son las justas causas de manumision.

Las justas causas de manumision son, si uno manumite á su padre ó madre, hijo ó hija, hermanos ó hermanas naturales, ó á su ayo, nodriza, maestro, alumno, alumna, hermano de leche, ó á un siervo para nombrarle procurador, ó á una esclava por causa de matrimonio; con tal, empero, que la tome por esposa dentro el término de seis meses, á no ser que lo impida una justa causa y que el siervo que se manumite con objeto de nombrarle procurador no sea menor de diez y siete años. (a)

NOTAS.

5. *Si quis patrem etc*). Supóngase un hijo que estando en union con sus padres naturales bajo el poder de un mismo señor fuere instituido heredero por este, semejante hijo seria señor de sus padres, así como de las demás cosas del difunto; pero tendrá una justa causa para manumitirles.

Alumnum), Lo que acostumbra á suceder con las mugeres, aunque tambien está recibido entre los hombres, *l.* 14. *D. de man. vind.*

Procuratoris). Muchos entienden que se habla aquí del procurador de negocios; Cujacio, empero, cree se habla del procurador judicial, y Fabro. con Bach. de entrambos de cuyo parecer soy yo.

Intra sex menses). Y antes de la manumision se exige el juramento, *d. l.* 13.

Justa causa impediat). Por ejemplo, si el patrono fuere hecho Senador, *l.* 23. *D. de rit. nupt.*

Decem. et septem). En *d. l.* 13. se lee diez y ocho; pero en ella aquel que ha entrado en el año 18.° se dice no tener menos de diez y ocho años, y en este lugar no se entiende menor de diez y siete sino aquel que no cumplió esta edad. Cujac.

(a) L. 1. tit. 22. P. 4.

COMENTARIO.

Hase tomado esto de la ley *justa*. 9. *l. si minor* 11. y algunas de las sig., *de man. vind. l. matrimonii* 11. *qui et à quibus man. Procuratoris*). Pienso que en general fué esta una justa causa de manumision, aun cuando el menor de veinte años no necesitase precisamente de un procurador judicial sino para el objeto de que el siervo hecho libre pudiese ejercer mas fácilmente el oficio de procurador, ya en juicio, ya fuera de él. Así que, no convengo con Cujac., quien *lib.* 22. *obs.* 46. entiende que aquí se habla tan solo del procurador judicial, (pues tampoco parece una causa suficientemente justa el que uno manumita á su esclavo, para proseguir tal vez un solo pleito), ni tampoco con los doctores que creen hablarse tan solo del procurador de negocios; como que el menor de veinte y cinco años de ningun modo pudiese ser procurador de un pleito ageno; pues esto es falso, *l. cum mandato* 23. *de minorib.* aun que un menor de veinte y cinco años no sea procurador idóneo para defender, *l. minor* 51. *de procur.* Vinn. Pero como para que alguno pueda encargarse de los negocios extrajudiciales de otro no es necesaria ni la libertad ni la edad de diez y siete años, *arg. l.* 7. §. 1. 2. *y l.* 8. *ff. instit. act.* de ahí es, que pienso con Boecio, que el Emperador tan solo habla del procurador judicial. Hein. *Matrimonii habendi*). No creo que nadie que entienda el latin no piense que debe borrarse esta palabra *habendi*; y así es que no se encuentra en otras partes, ni en la ley 20. §. 2. *hoc. tit.*, ni en la *l.* 13. *de man. vind.*, ni tampoco la reconoce Teófilo.

TEXTO.

De causa semel probata.

6. Semel autem causa approbata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.

TRADUCCION.

De la causa una vez aprobada.

6. *Aprobada, empero, una vez la causa, sea verdadera ó falsa, no se retracta.*

COMENTARIO.

Está sacado de la *l.* 9. §. 1. *de man. vind.* La razon es porque la ley Elia Sencia no exige expresamente la causa; sino la expresion de ella, y esto es lo que Marciano dice en *d. l.* 9. §. 1. de que se han de contradecir las pruebas de la causa, pero no retractarlas una vez aprobada está.

TEXTO.

Abrogatio posterioris capitis Legis Æliæ Sentiæ.

7. Quum ergo certus modus manumittendi minoribus 20 annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui 14 annos expleverat, licét testamentum facere, et in eo sibi hæredem instituere, legataque relinquere posset, tamen, si adhuc minor esset 20 annis libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, nam cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat: quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita et de servis suis in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut et libertatem eis possit præstare? Sed quum libertas inæstimabilis res sit, et propter hoc ante 20 ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat; ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori 20 annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi 17 annum impleverit et 18 attigerit. Quum enim antiquitas hujusmodi ætati et pro aliis postulare concesserit; cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?

TRADUCCION.

Derogacion del último capítulo de la ley Elia Sencia.

Estando, pues, establecido por la ley Elia Sencia un cierto modo de manumitir para los señores menores de veinte años, sucedia que aquel que habia cumplido los catorce, aunque podia hacer testamento, y nombrar en él heredero; con todo si era menor de los veinte años, no podia dar libertad al siervo, lo que no era razonable: pues, ¿porqué á aquel á quien se ha dejado la disposicion de todos sus bienes por testamento, no le permitiremos á la manera de las otras cosas disponer tambien de sus siervos en su última voluntad, del modo que quiera, y de suerte que les pueda dar la libertad? Pero siendo esta una cosa inestimable, por esta razon la antiguedad prohibia darla al siervo antes de los veinte años, y así nosotros siguiendo en cierto modo un medio parecer, no de otro modo concedimos al menor de veinte años que pudiese dar la libertad á un siervo suyo en testamento, que si hubiese cumplido los diez y siete, y empezado á los diez y ocho. Pues habiendo la antiguedad concedido á los de esta edad demandar civilmente por otros, ¿porqué no se ha de creer que tienen bastante firmeza de juicio para que puedan llegar á dar la libertad á sus siervos?

NOTAS.

7. *Libertas inæstimabilis res*). Con todo, dar la libertad á un siervo no es una cosa inestimable con respecto al dueño, y otra será sin duda la razon de la ley Elia Sencia: á saber, á causa de que los siervos pueden

con facilidad por medio de palabras halagüeñas y otros artificios persuadir á los señores á que les manumitan, ó tambien en recompensa de algun servicio torpe, *l.* 2. *C. si adv. lib. leg.* 16. *C. de lib. caus.*

Mediam viam). De ahí algunos deducen que en ciertos casos en que hay ambigüedad de derecho ó de hecho, puede el juez dividir la cosa, como acostumbran á hacerlo los prudentes en donde quiera que hay una cuestion perpleja, *l.* 9. *D. ut leg. nom. cau. l.* 40. *D. de hær. instit.* Se ha de atender con todo siempre á lo que dicta la razon de la ley.

Pro aliis postulare). *L.* 1. *D. de postul.* Esta induccion no es de las mejores; pues, *un jóven que haya entrado en los diez y ocho años puede demandar civilmente, luego tambien manumitir á su siervo;* estas dos cosas son claramente bien distintas.

COMENTARIO.

Nam cui tutorum). Arguméntase aquí de mayor á menor; esto es, que aquel á quien es lícito lo mas no debe prohibírsele lo menos, *l.* 21. *de reg. jur.*

Quum libertas inæstimabilis res sit). Otra pienso que fué la razon de la ley Elia Sencia; á saber, porque los siervos pueden facilmente con palabras halagüeñas ú otras artes persuadir á sus señores jóvenes que los manumitan, *arg.* §. 4. *sup. eod.*, ó tambien en recompensa de algun servicio torpe. Ciertamente la libertad es una cosa inestimable y los mismos siervos nada tienen de mas precioso que la misma; empero, el darla al siervo no es una cosa inestimable con respecto al señor para quien es mucho mas poder nombrar á algun heredero, ó legar un prédio, que no el dar la libertad á un siervo de ínfimo precio, aunque con respecto á este último sea mas estimable recibir la libertad que una herencia ó prédio.

Ideo nos mediam viam eligentes). De aquí se deduce que en ciertos casos cuando hay ambigüedad de hecho ó de derecho, puede el juez dividir la cosa. Cujac. 17. *obs.* 21. *Thesaur. decis.* 19. Y ciertamente una causa dudosa se divide con justicia por mitad, segun el mismo Paulo en la *l. filio* 7. *ut legat. nom cau.* Así tambien, habiendo una divergencia entre los Sabinianos y Proculeyanos acerca de á quien pertenecia el dominio de una especie hecha de materia agena, Cayo en la *l.* 7. §. *cum quis* 7. *de acq. rer. dom.*, sigue un medio parecer que aprobó Justiniano, §. *cum ex aliena* 25. *infr. de rer. div* Tambien Tiberio César habiendo un siervo suyo llamado Partenio, sido instituido heredero como á ingénuo, dividió la herencia de Partenio con su substituto, *l. et hoc* 41. *de hær. inst.* §. *ult. inf. de vulg. subst.* Siempre, empero, se ha de tener en consideracion lo que dicta la razon de la ley.

Nisi 17 *annum*). Por derecho novísimo se permite dejar en testamento no menos la libertad que las otras cosas, teniendo la edad en que es permitido hacer testamento, esto es, los varones catorce años, y las mugeres doce, *Nov.* 119. *c.* 2.

Pro aliis postulare). Los antiguos consideraron la edad de diez y siete años como idónea para presentarse en público y defender causas, y á esta edad ó poco mayor se dice que Nerva el hijo respondia públicamente acerca del derecho, *l.* 1. §. 3. *de postul.* Esta induccion, empero, si ha de raciocinarse con rectitud es viciosa: *un jóven que ha llegado á los diez y ocho años puede demandar civilmente por otro; luego tambien manumitir á su siervo en testamento:* pues estas dos cosas son muy diferentes. De paso es bueno saber que los niños ingénuos vestian la toga pueril ó pretexta hasta los diez y seis años, y que entrados en el décimo séptimo vestian la pura, que se llamaba viril; á cuya edad acostumbraban á llevarlos á casa de algun orador, con quien presentándose en el foro oian durante el término de un año á los patronos, el que concluido con asiduas lecciones, empezaban á defender por sí mismos las causas como que ya se consideraban formados, y no del todo rudos. Las oraciones fúnebres tambien podian pronunciarlas los que eran mucho menores de esta edad, pues de Augusto se dice que teniendo solamente doce años alabó delante del pueblo en un discurso á su abuela Julia. Sueton. *in Aug. cap.* 8.º Car. Sigon. *l.* 3. *de judic. c.* 18. VINN. Cumplida la edad de quince años tomaban los jóvenes la toga viril segun elegantemente demuestra Henr. Noris. *Cenotaph. Pisan. Diss.* 2. *c.* 4. HEIN.

« En España se permite manumitir en testamento al señor mayor de catorce años, « pero entre vivos únicamente puede manumitir el mayor de veinte años ó de diez y « siete, habiendo en este último caso justa « causa para la manumision. *L.* 4 *tit.* 22. « *P.* 4. »

TITULO SEPTIMO.

De la derogacion de la ley Fusia Caninia.

CONC. CON EL LIB. 7. TIT. 3 DEL CÓD.

TEXTO.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis, quam quasi libertates impedientem, et quodammodo invidam, tolendam esse censuimus: quum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem; morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

TRADUCCION.

La ley Fusia Caninia ponia ciertos límites á la manumision de los siervos por testamento; la que porque casi impedia la libertad y en cierto modo era envidiosa juzgamos deber derogarla, pues era bastante inhumano que los vivos tuviesen licencia de dar la libertad á toda su familia á no ser que alguna causa la impida, y quitar á los moribundos semejante facultad.

NOTAS.

Lege Fusia Caninia). Esta ley se dió en tiempo de Augusto segun sabemos por Suetonio, *c.* 40., en donde indica la razon de la ley; á saber, para que concediéndose una facultad ilimitada de manumitir en testamento, no se contaminase la ciudad Romana con los libertos y hombres infames. Quitóla Justiniano en la *l. un. C. hoc tit.*

Certus modus). Esto es, un número determinado del que no podia excederse en la manumision, Ulp. *tit.* 1. Cajo *lib.* 1. *tit.* 2. Paul. 4. *sent.* 14. En *Vopisco*, Tácit. *c.* 10, leemos que el Emperador Tácito observó en su testamento la ley Caninia. VINN. Nada dice Vopisco acerca del testamento; mas bien parece que Tácito manumitió los siervos urbanos entre vivos, y no habiendo dado la libertad á mas de ciento piensa Vopisco que no lo hizo, en consideracion á la ley Fusia Caninia, como que esta ley se refiriese á los manumitidos entre vivos, acerca de lo cual mas bien tal vez se equivocó Vopisco que no el Emperador Tácito. HEIN.

COMENTARIO.

Certus modus). Esto es, se habia determinado un cierto número del cual no podia pasarse al manumitir, Ulp. *tit.* 1. Caj. *lib.* 2. *tit.* 1. Paul. 4. *sent.* 14. La razon de la ley fué segun sabemos por Suetonio, *c.* 40., para que con una facultad ilimitada de manumitir en testamento no se contaminase la ciudad de Roma con los libertinos y los hombres infames. VINN. Véase á Dionisio Halic. *lib.* 4. *p.* 228. *de libertis pileatis patroni defuncti lecticam comitantibus*; en donde se lée la verdadera causa de la promulgacion de dicha ley. HEIN.

Testamento). Y porqué no así entre vivos? No por otra razon, sino porque sin ella la ley consigue su objeto; pues no es de temer que estando vivos y sanos seamos tan profusamente liberales que hagamos lo que haríamos estando para morir, cuando nos figuramos que ya no podemos usar mas de nuestras cosas, y lo que principalmente deseamos es que alaben nuestra liberalidad. Aquí pertenece lo que Dionisio Halic. dice en el *lib.* 4. *p.* 228., *haber visto á muchos que por una desmesurada ambicion de honra habian manumitido en testamento á todos sus siervos los mas malvados, para que con el sombrero en la cabeza acompañasen el entierro.* La costumbre de los legisladores es siempre prohibir tan solo aquello que creen puede verificarse fácilmente, no lo que con dificultad se hace, *l.* 4. *in fin. ad sen. Vell.*, en la que se da la misma razon de la prohibicion del Senado con respecto á la fianza de la muger, y no así con respecto á la donacion, y así vemos que con cuanta mas facilidad puede hacerse lo que la ley no quiere se haga, tanto mas estrechamente se prohibe. Por esta razon tambien la ley Julia impide la enagenacion del fundo dotal sin consentimiento de la muger, y la obligacion del mismo aun cuando ella consienta, *inf. quib. al. non. lic. in pr.*

Totam familiam). Esto es, todos los siervos, segun Teófilo lo traduce; pues los antiguos llaman con frecuencia familia á los siervos de un mismo señor, como en el *tit. s fam. furt. fec. l.* 9. *de jurisd. l. illud.* 52. *in pr. ad leg. Aq. l. optio* 13. *de opt. leg. l.*

pronuntiatio 193 §. *servitutum* 5. *ff. de verb. sign.*, y la divide en rústica y urbana, *l. Urbana* 166. *eod.* Otros varios significados de esta palabra se encuentran en dicha *l.* 195.

Alia causa impediat). Por ejemplo, si el manumisor es insolvente ó menor de diez y siete años.

Morientibus adimere). Arguméntase aquí del acto entre vivos á la última voluntad, y hasta que punto sea procedente este argumento nos lo enseñan Everhad. Claud. Caut. *in. topic.* y Myns. aquí. Ciertamente no es procedente si atendemos á la razon de la ley Fusia, la que no es otra sino la mayor facilidad con que manumitimos por testamento; que no entre vivos, *l. 4. al fin. ad Senat. Vell.*

TITULO OCTAVO.

De aquellos que estan ó no sujetos á potestad agena.

CONC. CON EL DIG. LIB. I. TIT. 6.

TEXTO.

Altera divisio personarum.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum; aliæ in potestate dominorum. Videamus itaque de his quæ alieno juri subjectæ sunt. Nam si cognoverimus, quænam istæ personæ sunt, simul intelligemus quæ sui juris sunt; ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

TRADUCCION.

Otra division de las personas.

Síguese otra division del derecho de las personas, pues unas son de su derecho, y otras sujetas á potestad agena; y de aquellas que están sujetas á dominio de otro, unas están en poder de los padres y otras en poder de los señores. Hablemos, pues, de aquellos que están sujetos á potestad agena; pues si supiéremos cuales son estas personas tambien sabremos las que son de su derecho; y primeramente tratemos de las que están en poder de los señores.

NOTAS.

Alia divisio). Está tomado este lugar de Cajo *l. 1. D. hoc tit.* Con esta division las personas que se habian diferenciado por la division anterior vuelven otra vez á confundirse, porque aun habia de tratarse de la fuerza y efectos de la potestad señoril.

In potestate). Varios son los significados de esta palabra, *L.* 215. *D. de verb. sign.* aquí significa *suma potestad*, segun lo traduce Teófilo.

COMENTARIO.

Propónese aquí segun Cajo, *l. 1. hoc tit.* otra division de las personas, pero no deja de ser viciosa; en primer lugar, porque no se deduce de la primera que se ha dado mas arriba en el *tit.* 3., y despues porque ya antes se nos dijo de los siervos que todos estaban sujetos á potestad agena, de modo que no era necesario inculcarnos tanto la misma cosa: mas bien habrian hecho los compositores si omitiendo hablar de los siervos cuyo estado es igual en todos ellos, hubiesen ya empezado á tratar de las diferencias de los hombres libres, segun ya habian hecho en el §. *ult. d. t.* 3., y los hubiesen subdividido en unos que son dueños de si mismos y otros que están sujetos á potestad agena, ó mejor en padres ó hijos de familia segun Ulp. en la *l. hoc tit.* Merecen con todo alguna excusa por cuanto habia aun de tratarse de la fuerza y efectos de la potestad señoril, y por esto volvieron á confundir las otras personas en la anterior division.

Simul intelligemus). La razon de esto se puede sacar de este principio lógico: *conocida una de dos cosas contrarias está conocida la otra; Arist. 1. Top. 14. y 2. cap. 2.* Cicer. *in Top. y 2. de orat.* No porque esplicada y conocida una especie del género dividido, desde luego conozcamos perfectamente la naturaleza de la especie opuesta; sino porque conocida aquella sabemos que las demás que se comprenden en el mismo género pertenecen á las otras especies; pues lo que se dice de que el conocimiento de

una especie opuesta favorece el de la otra solo es verdadero en general; en cuanto la otra especie es opuesta, y á esto se refiere aquello de Arist. 2. *Reth. cap.* 12.

τὰ ἐναντία παράλληλα μάλιστα φαίνεται.

Esto es, las cosas contrarias puestas unas en frente de otras brillan mucho mas.

TEXTO.

De jure gentium in servos.

1. In potestate itaque dominorum sunt servi, quæ quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ, necisque potestatem fuisse: et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiri.

TRADUCCION.

Del derecho de gentes en los esclavos.

Los esclavos, pues, están en la potestad de los señores (a), cuya potestad es ciertamente de derecho de gentes, pues podemos observar que todas las naciones indistintamente concedieron á los señores el derecho de vida y muerte sobre los siervos, y que todo lo que estos adquiriesen fuese para el señor.

COMENTARIO.

1. *El derecho de vida y muerte sobre los esclavos no se observa en todas las naciones; ni por justicia interna es permitido matar al siervo.*

1. Nadie hay que dude, que del mismo derecho de que se deriva la servidumbre nació tambien el poder de los señores sobre sus esclavos; mas en cuanto á lo que Justiniano dice aquí, tomado de Cajo, *l.* 1. §. 1. *hoc. tit.*; á saber, que todas las naciones tuvieron el derecho de vida y muerte sobre los siervos, no debe entenderse sino de la mayor parte de ellas, y solo de aquello que impunemente segun el rigor del derecho de gentes puede hacerse en los esclavos; pues que en muchos pueblos no fué conocido este derecho; sino que por el contrario trataron humanamente á sus siervos, como entre los Partos, los Germanos, los Españoles, y aun los mismos Griegos segun el mismo Justin. *lib.* 41. 2. Tácit. *de morib. Germ. c.* 26. Grot. 3. *de jure bell. et pac.* 14. Tambien reconocen todos que hay mucha diferencia entre lo que impunemente puede hacerse á un siervo por derecho de gentes, y lo que la razon natural permite que se haga. Séneca, 1. *de Clem.* 8. dice: *aunque todo sea lícito con respecto los siervos, hay algunas cosas, con todo, que el derecho comun prohibe con respecto á los hombres*; y poco antes dice, *que en un esclavo se ha de atender no, á lo que impunemente puede hacérsele, sino á lo que permite la equidad y la justicia, que mandan tratar con blandura aun á los cautivos comprados por dinero.* Y ciertamente, si la naturaleza estableció entre todos los hombres cierto parentesco, *l.* 3. *de just. et jur.*, es consiguiente que no puede el hombre tratar cruelmente á sus semejantes; y así es ageno de toda humanidad matar ó encruelecerse contra un esclavo, que no por ser tal deja de ser hombre. El apóstol dijo: *Domini, jus et quod æquum est, servis præstate, gnari vovis quoque dominum esse in cœlo; ad Gloss.* 4. *vers.* 1. Vinn. Todo esto está muy bien; pero creo que jamás los antiguos concedieron á los señores una libertad ilimitada de dar muerte á sus siervos; pues semejante facultad en virtud del derecho de vida ó muerte no les competia mas de lo que compete al sumo imperante, que tambien tiene este último derecho; empero no una licencia de matar ó ser cruel. Ni por otra parte habia mucho peligro que el señor quisiese dar muerte sin causa ninguna á sus siervos, como no le hay en que uno mate á sus caballos, pues que constituian una parte muy principal del patrimonio. Hein.

Quodcumque per servum acquiritur). (b) Esto á la par que está muy conforme á la razon del derecho de gentes; (pues aquel que no solo está sujeto á potestad agena, sino que tambien está en el dominio de otro, no puede tener nada propio sobre lo que hablarémos mas latamente en el §. *item vobis* 3. *inf. per quas pers. cuiq. ac.*); no hay en ello iniquidad ninguna, por cuanto el señor á su vez está obligado á alimentar al siervo.

TEXTO.

De jure civium Romanorum in servos.

2. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam si alienum servum occiderit. Sed et major asperitas dominorum ejusdem Principis constitutione coercetur. Nam Antoninus consultus á quibusdam Præsidibus provinciarum de his servis, qui ad ædem sacram, vel statuam Principum confugiunt, præcepit, ut si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere; ut pretium dominis daretur, et recté; expedit enim Reipublicæ, ne sua re quis male utatur. Cujus rescripti ad Ælium Martianum

(a) L. 5. tit. 21. P. 4.

(b) L. 7. tit. 11. P. 4.

missi verba sunt hæc: «Dominorum quidem potestatem «in servo illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus «suum detrahi, set et dominorum interest, ne auxilium «contra sævitiam, vel famem vel intolerabilem injuriam «denegetur iis, qui juste deprecantur. Idcoque cognosce «de querelis eorum, qui ex familia Junii Sabini ad sacram «statuam confugerunt, et si vel durius habitos, quàm «æquum est, vel infima injuria affectos esse cognoveris, «venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. «Quod si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciat me hoc «admissum adversus se severius executurum.»

TRADUCCION.

Del derecho de los ciudadanos Romanos sobre sus esclavos.

Mas actualmente ninguno de los que viven en nuestro Imperio, puede sin una justa causa conocida por las leyes tratar con excesiva crueldad á sus siervos; pues por la constitucion de Antonino aquel que sin causa diere muerte á su siervo no debe ser menos castigado, que si hubiese muerto á un siervo ageno, y hasta la demasiada dureza de los señores se reprime por la constitucion del mismo príncipe. Pues, consultado Antonino por algunos Presidentes de las provincias acerca de lo que debia hacerse con aquellos siervos, que se refugiaban al templo ó á las estátuas de los Príncipes, mandó que si pareciese intolerable la crueldad del señor sea este obligado á vender con buenas condiciones á sus siervos, y se le de el precio de ellos (a), *y con justicia; pues conviene á la República que nadie use mal de sus cosas. Las palabras de este rescripto enviado á Elio Marciano son las siguientes:* «Ciertamente conviene que la potestad de los señores sobre sus siervos «quede íntegra, y que nada se quite de su derecho á «ningun hombre; pero á los mismos señores interesa «que no se desatiendan las justas reclamaciones contra la crueldad, el hambre ó una injuria intolerable. «Por lo que examina las quejas de aquellos siervos «de la familia de Junio Sabino, que se refugiaron á la «estátua sagrada, y si conocieres que son tratados con «mas dureza de lo que es justo, ó si se les hace alguna infame injuria, mándalos vender de modo que «no vuelvan á la potestad del Señor. Lo que si hiciere «en fraude de mi constitucion, sepa que llegando «esto á mi noticia le castigaré con la mayor severidad.»

NOTAS.

Sine causa). Está esto tomado en parte de la *l.* 1. §. 2. y en parte de la *l.* 2. *D. hoc. tit.*

Non minus puniri). Esto quiere decir, que si uno da muerte á un siervo sin causa ninguna es tan reo de homicidio como si hubiese muerto á un siervo ageno, y por lo tanto estará sujeto al juicio público de la ley Cornelia sobre los asesinos, por cuanto no tiene lugar el juicio privado de la ley Aquilia cuando uno se causa daño á si mismo.

(a) L. 6. tit. 21. P. 1. L. 3. tit. 5. P. 5.

Major asperitas). (a) Solo se permite á los señores castigar moderadamente á sus siervos, *l. un C. de emend. serv.* y hasta acerca de este castigo es menester que sean clementes, segun aquello de las constituciones de Clemente Romano: οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σοῦ ἢ παιδίσκῃ ἐν πικρίᾳ ψυχῆς, es decir; *No te encruelezcas contra tu siervo ó sierva cuando estuvieres enojado.*

Ædem sacram). Los paganos tenian los templos por lugares de asilo, Plaut. *Rudent. Act.* 2. *sc.* 7. *Virgines duæ Veneris fano se seadversus lenonis vim tuentur.* Tac. 3. *annal. cap.* 60. Los templos se llenaban de los esclavos mas malos. Destruido el paganismo fué concedido por los Cristianos el mismo derecho de asilo á los templos, *tit. C. de his qui ad Eccles. Confug. Nov.* 17. Estas palabras, *ad ædem sacram* no se hallan en Ulp. Rufino *tit.* 3., ni en *d. l.* 2. *hoc tit.*, como tampoco en Teófilo. VINN. Rufino en Ulpiano es, segun Vinnio, un fragmento de Ulpiano en la concordancia de las leyes Mosáicas y Romanas, *tit.* 3. §. 3.; pero no consta que Licino Rufino fuese el autor de esta obra. HEIN.

Statuam Principum). Tambien servian de asilo á los que se acogian á ellas, las estátuas de los príncipes, *l. un. C. de his qui ad stat. princ.* Los judios habian designado seis ciudades á las que podian refugiarse con toda seguridad aquellos que hubiesen derramado sangre inculpablemente, *Núm.* 35. 11. *Deut.* 19. *Jos.* 20. 2. *et* 3.

Bonis conditionibus). Es decir, por su justo precio como en la *l.* 12. *D. de relig.*, y tambien se previene esto, á fin de que el señor enojado no ponga en la venta condiciones mas duras; por ejemplo de que no puedan manumitirse los siervos, ó que se les tenga encarcelados como fugitivos, Teófilo y *l.* 25. *de stat. lib.*

Expedit Reip). Hallábase esta sentencia en Sosipatro: no hay duda en que uno puede abusar de su cosa, *l.* 25. §. 11. *D. de hær pet.*; pero con todo se ha de procurar el que abusando los particulares de sus fortunas no perjudiquen al público.

Dominorum interest). Esta es otra razon en que se funda el rescripto; á saber, á fin de que no teniendo los siervos ningun ausilio contra la crueldad de sus señores no se suiciden ó maquinen alguna cosa en perjuicio de estos.

Severius executurum). Es decir, que segun la cualidad del delito le castigará extraordinariamente; pues aquí no se establece una pena determinada. Wesembecio.

(a) L. 6. tit. 21. P. 6.

COMENTARIO.

1 *Debemos tambien ser equitativos al aplicar un castigo menor que la muerte á los siervos.*
2 *El derecho de asilo no debe extenderse á los asesinos, adúlteros, raptores y otros delincuentes semejantes.*
3 *Puede restringirse por la ley civil el poder que un señor tiene sobre su cosa.*

Refiere aquí Justiniano tomándolo de Cajo y Ulpiano, *l.* 1. *y* 2. *de este tit.* que Antonino Pio puso límites á la potestad señoril de la que muchos abusaban, cuya limitacion pone de conformidad aquel derecho externo con el derecho natural ó sea la justicia interna.

Sine causa). Pues habiendo causa no hay duda que es lícito; por ejemplo, si se encontrase al siervo cometiendo un delito, que aun cuando lo cometiese un hombre libre seria lícito darle muerte. VINN. Como si el señor sorprendiere al siervo poniéndole asechanzas, ó cometiendo adulterio, *l.* 53. §. 3. *ff. de Leg. l.* 96. *ff. de V. S. y* §. 2. *instit. de Lege Aquil. y l.* 24 *ff. ad l. Jul. de adulteriis.* HEIN.

Non minus puniri jubetur). Es decir, que no está menos sujeto al juicio público de la ley Cornelia sobre los asesinos, ni es menos reo de homicidio que si hubiese muerto un siervo ageno; pues la ley Cornelia no distingue de que condicion sea el hombre muerto, *l.* 1. §. 2. *ad l. Corn. de sic.* El juicio privado de la ley Aquilia no puede tener lugar cuando uno se perjudica á sí mismo, no á otro.

1. *Major asperitas*). Permítese, con todo, al señor castigar moderadamente á sus siervos, *l. un Cod. de emend. serv.*; con tal que aun en el uso de esta facultad sea justo y un clemente. En las constituciones que se dicen haber sido de Clemente Romano leemos: *No te encruelezcas contra tu siervo ó sierva cuando estuvieres enojado: No oprimas al siervo, ni le trates con dureza*, dice la ley divina del siervo Hebreo, *Deuter.* 15.; la que debe hacerse extensiva á todos los siervos; y el Apóstol *ad Eph.* 6. manda á los señores *que no traten con amenazas á los siervos por la razon de que ellos mismos tienen en el cielo un señor que no hace acepcion de personas.* Hasta los trabajos han de exigirse con moderacion, teniendo siempre en consideracion la salud de los siervos; pues la ley divina tuvo presente, á mas de otras cosas al instituir el sábado, el que se diese alguna tregua á los trabajos. C. Plin. *l.* 5. *epist.* 19. escribe así á Paulino: *Veo con cuanta blandura tratas á los tuyos, por lo que con mas sencillez te confesare la indulgencia que tengo para con los mios. Siempre tengo presente aquello de Homero;* πατὴρ δ' ὡς ἤπιος ἦεν, esto es, *era tierno como un padre de familias*, y esto es lo que decimos entre nosotros *padre de familias*, sobre cuya palabra Séneca hace reparar la humanidad de los antiguos, diciendo: *no observais hasta que punto nuestros antepasados quitaron á los señores todo motivo de envidia, y de desprecio á los siervos, llamando á aquellos padres de familias y á los esclavos familiares ó domésticos, epist.* 47. Mucho dice sobre del particular Grocio, *lib.* 3. *de jur. bel. et pac. cap.* 14.

2. *Ad ædem sacram*). Es decir, los templos de los Dioses en donde los que se refugiaban acostumbraban á abrazar las aras é imágenes de los Dioses, Plaut. *Mostel. Act.* 5. *sc.* 1. *et Rudent. act.* 2. *sc.* 7. Virg. 2. *Æneid.* En ellos eran tambien recibidos los deudores que huian de sus acreedores, y los acusados de crimenes capitales; Tácit. 5. *annal. c.* 60., y á causa de que no era permitido extraer á nadie de estos lugares, por esto fueron llamados *asilos.* Destruido el paganismo los Emperadores cristianos concedieron el mismo derecho á los templos de nuestra religion, *tit. C. de his qui ad Eccl. conf.*; pero tan solo quisieron que fuesen admitidos en ellos los reos de delitos leves, no los asesinos, adúlteros, raptores ú otros delincuentes semejantes, ni quisieron dar el derecho de asilo á aquellos que cometian alguna injusticia, *Nov.* 17. *c.* 7. *Nov.* 37., en conformidad con lo que dispone la ley divina, que manda castigar al homicida, y solo concede el derecho de asilo á aquellos que sin culpa derramaron sangre, *Exod. c.* 21, *v.* 13. *y sig. Núm.* 35. *v.* 6. *y* 11. *Jos. c.* 20. *v.* 2. *et* 3. Con lo que tambien está conforme lo que Tucídides escribe en el *lib.* 4. *que los templos solo sirven de asilo á las faltas ó delitos leves.* Mas por derecho canónico, á excepcion de los que talan de noche los campos y de los ladrones públicos, cualquier otro puede disfrutar de la inmunidad de las Iglesias, *c. inter alia*, 6 *y c. fin. de inmun. eccles.*

Ad statuam Principum). Las estátuas de los principes sirvieron de asilo á los que á ellas se acogian, ley 1. §. 1. *de offic. præf. urb. l. un. eod. de his qui ad stat. princ. conf.*, cuya veneracion de las estátuas es muy antigua. Livio *lib.* 23. *c.* 10. hablando de la estátua de Ptolomeo rey de los Cyrenas refiere que, habiéndose un tal Decio Magio Campano que llevaban atado los Cartagine-

ses á Cartago, refugiado á ella se evadió del poder de sus enemigos. Sobre las estátuas é imágenes de los principes véase á Brisson. 4. antig. 11.

Cogatur servos suos). Entre los griegos tambien era lícito publicar la venta de los siervos tratados con mucha dureza segun Plut. περὶ δεισιδαιμονία, (esto es, de la superstición), ó redimirse por cierta cantidad de dinero, segun vémos en la *Casina* de Plauto comedia Atica. Un ejemplo semejante hallamos en la ley última *si á par. quis man.* respecto del padre, á quien se obliga á manumitir á su hijo por tratarle contra lo que prescribe el amor paternal.

Bonis conditionibus). Es decir, un justo precio, y que no se impongan por el señor condiciones gravosas en la venta, como si exigiese que no pudiese ser manumitido, que se exportase de la Italia, ó que siempre se le tuviese encarcelado. Teófilo.

Vendere). A nadie se obliga á vender sus cosas, *l. invitum* 11. *Cod. de contr. empt.*, ni aun por su justo precio, *l.* 2. *de act. rer. am.* (a); á no ser que así lo exija la utilidad pública, que es la excepcion de esta regla general. Varias pueden ser las causas para que esto se verifique; por ejemplo, en tiempo de hambre y carestía pueden ser obligados los ricos, y principalmente los vendedores de trigo y otros comestibles á venderlos al justo precio, *l.* 1. §. *cura* 11. *ff de off. præf. urb. l. annonam* 6. *de extraord. crim.* Con respecto á los siervos, la justa causa de su venta forzosa es aquí la reclamacion que hacen los mismos contra la crueldad de su señor en union con el favor de la libertad, §. *ult. infra de donat.*, y el de la religion como en el ejemplo de la *l.* 12 *al fin de religios.*

Pretium dominis daretur). Atiéndase que cuando se obliga á alguno á vender su cosa por una justa causa se le ha de dar el precio.

5. *Expedit enim Reipub*). Cada uno es administrador y árbitro de sus cosas, *l. in re mandata* 21 *Cod. de mand.*; en tanto que hasta puede abusar de ellas, *l. sed etsi* 25. §. *consuluit* 11 *de hær. pet.* Contodo, interesa á la república que la ley ponga ciertos límites á esta facultad, á fin de que abusando los particulares de sus fortunas no perjudiquen al público. Agréguese aquí la condicion de la persona, en virtud de la cual, aunque sean por su destino siervos no dejan por ello de ser hombres é iguales á su señor por derecho de la naturaleza. El establecimiento de la república lleva consigo el que haya un dominio superior al particular de cada individuo, constituido en favor de la utilidad y necesidades públicas, al que Grocio *lib.* 2. *de jur. bell. et pac. cap.* 2. *y en flor. spars. ad leg. Barbarius* 3. *de off. Prœt.* llama dominio eminente, y acerca de esto raciocina muy bien Platon *lib.* 11. *de legibus.* Así es que el príncipe puede disponer de los bienes de sus súbditos, dirigiendo su uso á la utilidad pública (b); por lo que muchas veces la potestad que el señor tiene en su cosa se restringe y limita por la ley civil.

Nec cuiquam hominum jus suum detrahi). He aquí una razon de dudar al dar este rescripto; de donde deducimos que ni el mismo príncipe puede quitar sin causa ninguna su derecho á nadie, acerca de lo cual véase á Hotom. *Illustr. quæst. cap.* 1.

Sed et dominorum interest). Otra razon, á mas de la que se ha dicho mas arriba, que se refiere á los mismos señores; á saber, que los siervos al ver que no tienen asilo ninguno contra la crueldad de sus señores, ó se fugan, ó se suicidan, ó traman alguna maquinacion contra ellos.

Por lo demás, de lo que mas arriba manifestamos, se deduce claramente no ser necesario que la causa de coartar la potestad señoril concedida por el riguroso derecho de gentes se derive de otra cosa que de lo que la razon natural permite que se haga, pues de ella se diferencia muchísimo aquel absoluto é ilimitado poder que muchas naciones y entre ellas los Romanos se arrogaron.

«En España por lo concerniente al derecho de asilo se ha de tener presente la «Bula de Clemente XIV, expedida en 12 se- «tiembre de 1772; en virtud de la cual «quedaron los lugares de asilo limitados á «una ó dos Iglesias á lo mas en cada pobla- «cion, designadas por la autoridad eclesiás- «tica. En dicha Bula se reasumen otras de «Gregorio XIV, Benedicto XIII, Clemente XII «y Benedicto XIV; por las que se excluye á los «reos de ciertos crímenes del beneficio del «asilo.»

«Entre nosotros la seguridad é inviolabi- «lidad de la propiedad está garantida por «el artículo diez de nuestra ley fundamen- «tal: y así no puede el príncipe ó rey por «su solo arbitrio disponer de los bienes de «los particulares; aunque sea por objeto de «utilidad comun; sino que para ello es pre- «ciso que ante los consejos de provincia se «siga un expediente de expropiacion, jus- «tificándose la utilidad pública y prece- «diendo siempre la correspondiente indem- «nizacion.»

(a) L. 3. tit. 5. P. 5.

(b) L. 31. tit. 18. P. 3.

TITULO NONO.

De la patria potestad.

CONC. CON EL LIB. 8. TIT. 47 DEL COD. (a)

Continuacion y argumento del titulo.

Síguese la otra parte de la division propuesta al principio del título anterior, que se refiere á aquellos que están en la patria potestad. Esta se adquiere de tres modos: por las justas nupcias, por la legitimacion y por la adopcion. Las nupcias son el modo natural de constituirse esta potestad, y por lo mismo se trata aqui de ellas en primer lugar, manifestándose en este título que cosa sean nupcias, de qué derecho nazca la patria potestad, quien la tiene y quienes están sujetos á ella. De sus efectos omitidos por Justiniano diremos algo en el §. 2. de este tit.

TEXTO.

Summa tituli.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus.

TRADUCCION.

Están en nuestra potestad los hijos nacidos de legítimas nupcias. (b).

NOTAS.

In potestate nostra). Está sacado esto de Ulpiano en la *l. 3. D. de his qui sui vel alieni jur.*

Justis nuptiis). Pues los nacidos de una union ilegítima no están en la potestad del padre, *l. 23 y sig. D. stat. hom.* §. *pen. infr. tit. sig.*, reconociéndose en este tratado por padre, tan solo á aquel á quien demuestran tal las nupcias legítimas, *l. 5. de in jus voc.* En las notas J. N. Q. quiere decir *Justis nuptiis quæsitus*. Gr...

COMENTARIO.

Ex justis nuptiis). Segun dijimos poco há, los hijos nacidos de un matrimonio ilegítimo no están en la potestad del padre, *l. 4. de stat. hom.* (a), y por derecho civil hasta se supone que no lo tienen, del mismo modo que los habidos del vulgo. Segun la ley natural siguen la condicion de la madre como dice el jurisconsulto en la *l. lex. natur. 24. destit.*; pero no pudiendo las mujeres tener á sus hijos bajo su potestad, §. *fœminæ* 10. *inf. de adopt.* se sigue de aqui que tampoco estarán en la del abuelo materno. (b)

TEXTO.

Definitio nuptiarum.

1. Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.

TRADUCCION.

Definicion de las nupcias.

Las nupcias ó matrimonio es la union del varon y de la mujer que consiste en un trato de la vida. (c)

NOTAS.

1. *Nuptiæ*). Llamáronse así á *nubendo* por cuanto antiguamente acostumbraban cubrir con un velo encarnado la cabeza de la recien casada. Festo, Nonio y otros.

Conjunctio). Contraido por mútuo consentimiento, pues este es lo que constituye las nupcias y no el concúbito, *l. 30 de reg. jur. l. 45. D. de cond. et dem.*

Individuam, etc). Modestino en la *l. 1. D. de rit. nupt.* dice: *Consorcio de toda la vida.*

(a) Tit. 17. P. 4.
(b) L. 1. tit. 17. P. 4.

(a) L. 2 del mist. tit.
(b) D. l. 2. al fin.
(c) L. 1. tit. 2 P. 4.

con lo que se entiende, no solo la sociedad doméstica, si que tambien el uso comun de todas las cosas entre los cónyujes, y la comunicacion de sus bienes y cuerpos. Duar. *c. l. de nupt.* Aunque en realidad entre ellos no hay verdadera sociedad de bienes.

Continens). Es decir, por el voto y propósito de los contrayentes; pues no siempre el resultado corresponde á sus intenciones.

COMENTARIO.

1. *Para la perfeccion de las nupcias solo se requiere el legitimo consentimiento de los contrayentes.*
2. *No es licito tener á un mismo tiempo muchas mugeres*
3. *En que sentido se llaman las nupcias trato individuo y que naciones lo observaron perpétuamente?*
4. *Que se entiende por trato de la vida?*
5. *Explicanse algunas cosas dignas de advertirse sobre los esponsales.*

Nuptiæ sive matrimonium). Las palabras *nupcias y matrimonio* se emplean casi indistintamente, aunque al decir *nupcias* entendamos muchas veces la festividad y solemnidad del dia nupcial como en la *l. pen de donat. int. vir. et ux l. sancimus* 24. *C. de nupt.* lo propio que entre los griegos se entiende la palabra γάμος. *Joan c.* 2. Al decir que la palabra nupcias trae en etimologia *á nubendo* lo decimos en un sentido figurado, por cuanto los antiguos por miramiento al pudor de la recien casada acostumbraban á cubrirle la cabeza con un velo encarnado, segun lo advierten Festio, Nonio y otros muchos. Séneca en su *Octavia* al hablar de Popea cuando se casó con Neron *v.* 702 dice:

Velata summum Hammeo tenui caput.

1. *Conjuntio.*) Pónese esto en lugar de género, significando al mismo tiempo la causa eficiente; esto es, el consentimiento que produce la sociedad de las cosas y de la vida. Ciertamente, el principal fin del matrimonio es la procr[illegible]. la que no puede tener lugar sin la unio[illegible] los cuerpos, por lo que entre personas que son impotentes no puede haber nupcias, *l. si serva* 39. §. 1. *de jur. dot.* (a) Pero esto nada añade al vinculo del matrimonio formado por el consentimiento, segun aquello que vulgarmente se dice, *que el consentimiento y no la union de los cuerpos constituye las nupcias, l. pen. de don. int. vir. et ux. l. de cond. et dem. l. nuptias.* 30 *de reg. jur.* (b) Hay algunos que creen, que para la constitucion del matrimonio por derecho Romano fué necesaria la solemne conduccion de la muger á casa del marido que acostumbraban los antiguos, ó la festividad de las nupcias, por lo que se dice en la ley 5. *de rit. nupt. l.* 15. *de cond. et dem. l.* 6. *C. de donat. ante nupt. l. sancimus* 24. *C. de nup.* Pero lo mas cierto es, que ninguna de estas dos cosas se requiere, segun lo que se lee en la respuesta de Scevola *l. pen. de don. int vir. et ux.*, y en el rescripto de Teodosio *l. si donationum* 22. *C. de nupt.* El responder á las leyes que los contrarios alegan no es sobremanera dificil; pues en la *l.* 5. *de rit. nupt.* el jurisconsulto no enseña de que manera se contraen las nupcias, sino que tan solo manifiesta el modo y forma de la conduccion de la mujer á casa del marido. Lo que Ulpiano dice en la ley 15. *de cond. et demon.* que la condicion de las nupcias se ha cumplido cuando ha tenido lugar dicha conduccion, y lo que Justiniano escribe en la *l. sancimus.* 24. *C. de nupt.* de que la condicion de las nupcias no se cumple á no ser que haya la misma festividad de las nupcias, se dice todo segun el modo de hablar de los extraños, quienes al tratar de las nupcias futuras de alguno suelen referirse á su solemnidad y celebracion. Con todo, en caso de ambigüedad, por medio de este rito se manifiesta el consentimiento, y por la conduccion ó por la festividad se consideran como perfeccionadas las nupcias, siendo esto únicamente lo que quiso demostrar el Emperador en *d. l.* 6. *C. de donat. ante nupt.* El que quiera saber los ritos nupciales acostumbrados antiguamente lea á Brisson. *lib. sing. de rit. nupt.* VINN. El consentimiento constituye las nupcias. Pero la mujer no recaia en el poder del marido sino despues de celebrados los solemnes ritos de las mismas, como la confarreacion, coencion ó uso. Finalmente la conduccion á la casa del marido se requeria, siempre que se trataba, no de la voluntad de los mismos contrayentes, sino de dar cumplimiento á la del legislador ó de algun tercero, cuyos casos se encuentran en la *l.* 5. *ff. de R. N. l.* 15. *ff. de condit. et dem. l.* 24. *C. de nupt.* en Paul. *Rec. sentent.* 11. 19. §. *pen.*, y tambien en la *l.* 6. *C. Theod. de Tiron.*, en la que puede verse á Jac. Gothofr. *in Comment. Tom.* 2. *p.* 377. HEIN.

2. *Viri et mulieris.*) Pues la union de dos de un mismo sexo es abominable y está condenada por ley divina, por ley natural y por las leyes de todas las naciones. Dice *de la muger*, en singular, para excluir la poligamia; esto es, las nupcias contraidas á un mismo tiempo con muchas mujeres; pues el te[illegible]

(a) L. 6. tit. 2. P. 4.
(b) L. 5. del mis. tit. L. 4. tit. 4 P. 4.

sucésivamente muchas mujeres, ó lo que es lo mismo tomar otra esposa despues de disuelto el primer matrimonio por la muerte, nada hay que lo prohiba, á pesar de ser esto tambien una especie de poligamia. Así es, que entre los Romanos estuvo prohibido el tener muchas mujeres á un mismo tiempo; lo que vemos tambien reprobado por las costumbres de otras naciones, *tit. seq.* §. *affinitatis* 6., todo en conformidad con las leyes divina y natural; pues aun cuando no se oponga á los primeros principios del derecho natural, contraria con todo á las conclusiones de los mismos derivadas, como demostraré con pocas aunque robustas razones Que la poligamia es contraria á la ley divina y á la primera institucion del matrimonio, se prueba primeramente por el pasaje de *Matt.* 19. 8.; pues el argumento que Jesucristo emplea allí contra el divorcio, diciendo *que desde el principio nó se acostumbró así*, no tendria fuerza ninguna, á no ser raciocinando de este modo: En el matrimonio debemos regirnos por la misma regla por la que se rigieron en un principio; es así que en un principio tan solo dos se unieron en una carne, *Génes.* 2. *al fin.*, luego por la ley de la institucion del matrimonio solo pueden unirse dos; á saber, un hombre con una mujer. Por una razon semejante y por la institucion primera del matrimonio. Malachias *cap.* 2. *vers.* 14. *y sig.* condena la poligamia segun demuestra nuestro cólega Coccejo en Δωδεκα προφ. *El Levitico* 18. 18. prohibe expresamente la poligamia, cuyo pasage Junio y Tremelio muy versados en la lengua Hebrea lo traducen de este modo: *no tomeis una mujer despues de otra.* Además habiendo los preceptos concernientes al rito sido derogados en el nuevo testamento, es cierto que todos los preceptos que nos han enseñado los apóstoles son morales, y deben observarse por todos; es así que en 1. *Cor.* 7. 2. se manda observar la monogamia á los que quieren contraer matrimonio; no podrá, pues, segun quiere el Apóstol tener cada mujer su marido propio, si lo tiene en comun con otras en la poligamia. Todo precepto moral debe observarse por todos y perpétuamente; y así sucede tambien respecto del antiguo testamento. Finalmente vemos que la primera institucion del matrimonio se explica por Jesucristo y el Apóstol de modo que solo dos se entienda unirse en una misma carne, *Matth.* 19. 5. *y* 1. *Cor.* 6. 16. y antes de Lamech de la descendencia de Cain, no leemos que ningun hombre haya tenido á la vez muchas mujeres. Segun esto, se ve que la poligamia á la manera de otras corruptelas se introdujo poco á poco. Cómo de lo contrario hubiese reprendido Moisés este hecho en Lamech? *Genes.* 4. *v.* 19. El sentido comun reprueba tambien la poligamia, no solo porque divide el recíproco amor conyugal que favorece la monogamia, sino porque viola la fé que uno á otro se prometen con la obligacion perpétua de la sociedad y de la vida y por la que cada uno enagena su cuerpo. Así es que con razon Jesucristo dice cometer adulterio aquel que se casa con otra sin estar disuelto el vínculo del matrimonio, *Matt.* 19. 9. Con esto está conforme lo que dice Tertul. 4. *advers. Marc.*, *que el casarse durante el matrimonio es adulterio.* Finalmente, la misma conveniencia de la sociedad exige que, á la manera que la mujer se une con un solo marido, así tambien este lo verifique con una sola mujer, segun manifiesta Grocio, 1. *manud.* 3., aunque tenga otro objeto al decir esto, *l.* 2. *de jure bell. cap.* 5. Por lo que podemos deducir y sentar, que no es lícito tener muchas mujeres á un mismo tiempo. Verdad es que el ejemplo de los antiguos padres no está en nuestro favor; pues que ó por revelaciones ó por dispensacion divina consintieron en la poligamia, ó sea porque, segun decia hace poco, esto tan solo esté en contradiccion con las conclusiones y no con los principios del derecho natural, por lo que prevaleció entonces la lícita costumbre de tener muchas mujeres. Pues las consecuencias sacadas de los principios del derecho natural son obligatorias á no mediar alguna ley divina que las dispense: Que esto, empero, sucedió con los antiguos padres es evidente por lo que se dice en el *Deut.* 21., en cuyo lugar se establece cierta dispensacion respecto de los polígamos sin ninguna nota de prevaricacion ó reprension. Si así no fuese el Apóstol habria adulado á Abraham, Jacob y David á quienes llama santos, apesar de haber tenido muchas mujeres.

3. *Individuam*). Esta palabra *individuam* se toma en dos sentidos; en el primero por aquello que es comun é indiviso, en cuyo sentido se dice *herencia individua* por Modestino, *l. sine* 32. §. *Lucius* 6. *de adm. tut.*, y por Paulo, *individuo* el oficio de la curaduria, *l. Lucius* 46. §. 1. *eod.*; y en el otro por aquello que no puede dividirse, como cuando decimos *servidumbre*, *obligacion* ó *estipulacion individua*. Entrambos sentidos, empero, convienen á este lugar. El primero *simpliciter* segun se manifestará por lo que luego diremos, y el segundo *secundum quid*; esto es, con respecto á las otras uniones y sociedades, que pueden dividirse ó separarse

con mayor facilidad, y disolverse por la sola voluntad de uno. Pues no es lícito el divorcio por cualquier causa (a); de modo que los Emperadores Cristianos no lo permitieron sino por gravísimas causas, *l.* 8. *C. de Repud. Nov.* 117. *c.* 8. *y* 9. Tambien puede decirse que el vínculo conyugal es perpétuo é individuo con relacion al propósito é intencion de los contrayentes, aunque por algun incidente que sobreviene tenga lugar alguna vez la separacion (b); pues esto no debió tenerse presente al definir las nupcias. Si esto, empero, se refiere á la primera institucion del matrimonio y á la ley divina se dirá con mucha mayor razon, ser esta union individua; pues segun Jesucristo nos enseña, Dios instituyó en un principio el matrimonio, para que fuese indisoluble, y el mismo Dios intervino para unir las personas; por lo que, *lo que Dios unió el hombre no debe separarlo. Matt.* 19. (c) en cuyo lugar, y en *Matt.* 5. se prohiben todos los divorcios, excepto los que tienen lugar por crueldad ó adulterio. Esta perpetuidad ó indisolubilidad del matrimonio la observaron los Germanos, segun Tácito, *de morib. Germ. c.* 18., y tambien los Romanos entre los cuales desde la fundacion de Roma hasta el año 520 no hubo ejemplar de ningun divorcio, segun nos dicen Dionis. Halic. *lib.* 2. Val. Max. *lib.* 2 *c.* 1. y Gell. *lib.* 4. *c.* 3. Sp. Carvilio fué el primero que repudió á su mujer por estéril, segun los mismos. Con el transcurso del tiempo, empero, se permitieron los divorcios con mas frecuencia y sin expresion de causa, pero tan solo á los hombres, segun lo prueba el lugar de Plauto en *Mercat. act.* 4. *sc.* 6., aunque despues se hizo tambien extensiva esta facultad á las mujeres, como consta en el *tit. de divort. et repud.* Juvenal en su *sátira* 6. habla de una mujer que con sus frecuentes divorcios en el espacio de cinco años habia tenido ocho maridos. VINN. Esta misma libertad de divorciarse entre los Romanos prueba que en la definicion las palabras *individuam vitæ consuetudinem* no se oponen á los divorcios, sino á la economia separada de los cónyuges; pues que estos tenian los Penates comunes y tambien el tálamo, y de ahí la necesidad de conducirse la mujer á casa del marido. En el mismo sentido se dice individuo el trato de la vida entre los cónyuges que cuando decimos ser dos amigos, compañeros individuos ó inseparables: véase á Tácito, *Ann. lib.* 6. *c.* 10. De este modo esta definicion concuerda muy bien con la otra de Modestino, *lib.* 1. *ff. de ritu nuptiarum.* HEIN.

Individuam vitæ consuetudinem continens). Circunstancia específica derivada del fin. Con estas palabras creo que Justiniano quiso indicar no solo la sociedad y trato doméstico si que tambien cierta comunion y el uso comun de todas las cosas; esto es, la comunicacion de bienes y cuerpos entre los cónyuges. Favorece esta interpretacion lo que dice Modestino, *l.* 1. *de rit. nupt. que la nupcias son la union del macho y de la hembra, consorcio de toda la vida, comunicacion del derecho divino y humano.* Nada hay, pues, sea de derecho divino ó humano, que el cónyuge no comunique con su consorte, y cuyo uso, quedando á salvo siempre la honestidad del matrimonio, no deba ser comun entre los dos; por lo que el Emperador Gordiano llama á la mujer, *sociam divinæ et humanæ domus*, *l.* 4. *Cod. de crim. expl. hær.*, aunque tal vez Modestino y Gordiano al hablar así tuvieron en consideracion el rito de los paganos, que cada familia tenia para sí, y del cual se hacia partícipe la mujer. Hace mencion de esta ceremonia Cic. 2. *de legib.* Plaut. *in captiv.* Malamente refieren algunos estas palabras de la definicion á la comunion de bienes; pues ni por derecho civil, ni por derecho canónico hay entre marido y mujer sociedad ninguna verdadera de bienes, tal como se conoce en algunos paises, Peck. *de testam. conj.* 2. *c.* 1. Covarruv. *de matr. p.* 2 *c.* 7. §. 1.

5. Por honestidad acostumbran á preceder al matrimonio los esponsales, así llamados *á spondendo;* porque los antiguos acostumbraron estipular y prometerse las mujeres futuras, *l.* 2. *de sponsal.* Gell. *lib.* 4. *c.* 4. De aquí traen su orígen los nombres de *esposa y esposo*, *l.* 3. *eod.* Son los esponsales, segun los define Florentino, *la promesa de futuras nupcias* (d) *l.* 1. *eod.*: dice, de futuras nupcias, pues solo hay una especie de esponsales, aunque el derecho canónico reconoce dos; unos que llama de presente y otros de futuro, *c. pen. y ult. X. eod.* Los autores del derecho civil, empero, no reconocen esta distincion, siendo para ellos los esponsales de presente el mismo matrimonio ya contraido por el mútuo consentimiento, *l. nuptias* 30. *de reg. jur.* Mas á decir la verdad, los intérpretes del derecho canónico no niegan que se contraiga matrimonio por los esponsales de presente, sino que tan solo dan este nombre con referencia al matrimonio consumado por la union de los cuerpos, Covar.

(a) L. 7. tit. 2. P. 4.
(b) D. l. 7. vers. E como quier bien.
(c) L. 3. tit. 2. P. 4. vers. E el otro.

(d) L. 1. tit. 1. P. 4.

de spons. p. 4. c. 1. n. 6. y en el *c. omnis res. 4. c. cum initiatur 5. c. cónjuges 6. c. conjux 9. c. 27. q. 2.* El esposo y la esposa de presente se llaman marido y mujer; y estos esponsales en cuanto al vínculo son indisolubles despues de consumado el matrimonio; pero si no ha intervenido aun la union de los cuerpos puede este disolverse por la profesion religiosa de uno de ellos, *c. 2. y 7. de convers. conjug.* Entre nosotros la *mujer* se diferencia de la *esposa*, únicamente en que se llama *mujer* despues de la bendicion nupcial y de la consumacion del matrimonio, y antes se le da el nombre de *esposa*. Por derecho canónico los esponsales de futuro producian antiguamente el efecto de que pasaban á ser matrimonio por la subsiguiente union de los cuerpos, *c. conveniens 15. cap. is qui fidem 30. X. de sponsal.*; mas los cánones del Concilio Tridentino derogaron este derecho, *sess. 24. c. 1. §. qui aliter. de reform. matr.*

« Rige entre nosotros así en Castilla como « en Cataluña por lo concerniente á esta ma« teria del matrimonio, el derecho canónico, « y así es que nos diferenciamos bastante de « los romanos, como lo veremos con mas es« tension en el título siguiente que es el en « que esta materia debiera tratarse. Con todo, « diremos algo acerca de los puntos que en « este párrafo toca nuestro autor. Y empe« zando por los esponsales diremos, que para « que entre nosotros sean obligatorios y se « admitan demandas en los tribunales, es pre« ciso que se hagan en escritura pública, que « los contrayentes tengan al menos la edad de « siete años, que expresen su consentimiento « con palabras ó señales claras que excluyan « toda duda, que estén habilitados con el « consentimiento de los padres, ó en defecto « de estos, con el de aquellas personas al efec« to autorizadas por la ley, y finalmente que « no haya ningun impedimento dirimente en« tre ellos, *L. 18. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.* « vigente en Cataluña, *L. 1. y 2. tit. 1. P. 4.* « Si concurren todos estos requisitos estarán « tenidos los contrayentes á su extricto cum« plimiento, pudiendo obligárseles á él, ó en « su caso á la indemnizacion de los perjuicios « á que por su falta den lugar. Los esponsa« les, con todo, no obligan si resulta entre los « contrayentes alguna prohibicion legal; si se « ausenta el uno de ellos por tres años sin « que se sepa su paradero; si uno de ellos « comete adulterio, ó abraza el estado reli« gioso, ó le sobreviniese alguna enfermedad « contagiosa, alguna deformidad ó defecto, ó « habiese ignorado que la tenia de antes, *L. 8. tit. 1. P. 4.* »

« Para la validez del matrimonio no basta « el simple consentimiento de los contrayen« tes, sino que además se requiere su mani« festacion delante del Párroco y dos testigos « hábiles. Tambien debe ser denunciado al « público por medio de tres proclamas ó amo« nestaciones, que se han de publicar por « el Párroco en tres dias festivos consecutivos « en la solemnidad de la misa mayor Parro« quial ú otra á juicio del mismo, segun el « *Conc. Trid. Cap. 1.* El obispo, empero, « puede con justa causa dispensar estas pro« clamas. El matrimonio es indisoluble entre « nosotros, y no tiene lugar en todo caso mas « que la separacion del cuerpo por malos tra« tamientos y por adulterio, y otras causas « tratadas por los canonistas. Por el matri« monio los bienes de cada uno de los cón« yuges se hacen comunes de los dos, estable« ciéndose entre ellos una sociedad legal, de « la que trataremos en el libro tercero al ha« blar del contrato de sociedad; pero esto úl« timo no tiene lugar en Cataluña. »

TEXTO.

Qui habent in potestate.

2. Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.

TRADUCCION.

Quienes tienen la patria potestad.

La potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propia de los ciudadanos Romanos; pues no hay ninguna otra nacion que tenga sobre sus hijos un poder igual al que nosotros tenemos.

NOTAS.

2. *Proprium civium Rom*). Este derecho fué introducido primeramente por Rómulo, y despues confirmado por los Decemviros. Dionys. Halic. *lib. 2. p. 96. y sig.*

Talem potestatem). Quiere decir con esto, que tambien otras naciones tienen la patria potestad, aunque diferente; pues que considerado indefinidamente trae este derecho origen del natural. Plin. *panegyr.* dice: *La ley natural siempre mandó que los hijos estuviesen en poder de sus padres*; como tambien Arist. *1. polit. 8.*

Qualem nos). Ilimitada y casi despótica, como que encerraba el derecho de vida y muerte, Halic. *ubi sup. l. 11. D. de lib. et*

Posthum l. ult. C. h. t. cuya potestad desecharon algunos como tiránica, segun Simplic. *ad Epicteti Enchirid. c.* 57. Tambien Arist. 8. *Nichomac. c.* 12. tacha de tiránico el derecho que los padres tenian sobre sus hijos entre los Persas. Con el tiempo se disminuyó la patria potestad Romana. VINN. Con razon niega Justiniano que haya otra nacion, que tenga sobre sus hijos un poder igual al que tenian los Romanos; pues la patria potestad de estos era de dominio Quiritario; por lo que los hijos con respecto á sus padres no eran personas, sino cosas *mancipi*, que podian venderse, manciparse, vindicarse y aun dárseles muerte con justa causa: véase al célebre Bynkershœk *de jur. occ. lib. c.* 1. HEIN.

COMENTARIO.

1. *En qué sentido se dice que la patria potestad es propia de los Romanos?*
2. *El derecho de patria potestad fué igual en un principio á la potestad señoril, pero insensiblemente se disminuyó de muchas maneras.*

1. No hay duda ninguna en que Justiniano quiso aquí distinguir la patria potestad de la señoril por su causa eficiente; pues en el §. 1. del tit. precedente dijo que esta procedia del derecho de gentes, y ahora dice que la potestad patria es propia de los ciudadanos Romanos, ó sea del derecho civil. Veamos, pues, hasta que punto se dice ser de derecho civil, no solo lo que es de derecho meramente positivo, sino tambien lo que es de derecho mixto ó civil tan solo *secundum quid*; á saber, en cuanto aunque este último trae su orígen del derecho natural ó de gentes la ley civil le dió cierta forma y habiéndolo revestido de nuevas cualidades lo hizo peculiar de los ciudadanos, excluyendo de su uso á los extrangeros, lo que manifestamos mas latamente y con algunos ejemplos en el §. 1. *tit. del derecho natural y de gentes.* Entre las cosas que son de derecho mixto se cuentan la patria potestad; pues trae su orígen del mismo derecho que el matrimonio, que es la primera y mas antigua causa del imperio paterno, el cual por ley y órden de la naturaleza corresponde al marido, como á cabeza de familia, sobre su mujer, hijos y siervos, aunque no tenga sobre todos el mismo imperio. Pues segun muy bien y conforme á la razon natural nos enseña Arist. 1. *pol. c.* 1. *y* 8. *Etich,* 12., ni el marido á la mujer, ni el padre á sus hijos debe gobernarles con una potestad señoril, sino que á la mujer *civilmente*, como lo hacen los Magistrados en una República con sus ciudadanos, y á los hijos βασιλικῶς, esto es, como el Rey á sus súbditos, amándolos como á tal; y del mismo modo que aquel lo encamina todo á la utilidad de los súbditos, lo propio debe hacer el padre, amando á los hijos de él nacidos, teniendo cuidado de los mismos, y procurando por todos medios serles útil. Así que la patria potestad *simpliciter* y en general considerada es de derecho de gentes, y por lo tanto mas antigua que la señoril, y tanto mas antigua cuanto lo es el matrimonio á las guerras y servidumbre. *La ley natural mandó siempre que los hijos estuviesen en la potestad de sus padres*, segun dice Plin. *in Paneg. Trajan.* Considerada, empero, especificamente y con referencia á las leyes y costumbres de los Romanos es civil, y en este sentido se opone muy bien á la potestad señoril, que es solo de derecho de gentes, §. 1. *sup. præc. tit.* Y no porque Antonino limitó la potestad de los dueños sobre los siervos se hizo esta de derecho civil ó propia de los ciudadanos Romanos, segun falsamente piensan Myns. Schenci. y Wes. al §. 2. *præc. tit.*, pues que tambien los extrangeros tuvieron siempre este derecho habiéndose tan solo restringido á lo que permitia el derecho de gentes primario; véase lo que dijimos mas arriba en *d.* §. 1. y 2. Que esta fué tambien la intencion de Justiniano nos lo manifiestan claramente las palabras de este párrafo; pues por lo mismo que dice, *que ningunos otros hombres tienen en sus hijos una potestad tal cual la tienen los ciudadanos Romanos*, nos indica bastantemente que tambien las otras naciones tienen poder sobre sus hijos; aunque tal vez no haya ninguna que lo tenga igual. En efecto, los que dieron leyes á la Grecia pusieron determinados límites á la patria potestad, de modo que tan solo permitieron á los padres castigar moderadamente á sus hijos, y si con este medio no se corregian solo podian abdicar su poder y expelerlos de su casa sin darles cosa alguna, llamándose semejante abdicacion ἀποκήρυξις, *lib.* 6. *C. hoc. tit.* Esta potestad en unas partes terminaba por la edad; en otras por el matrimonio, y en algunas por la inscripcion pública en la lista de los varones, segun Dionisio Halic, *lib.* 2. *p.* 69.

2. Mas el poder de los Romanos sobre sus hijos ni tuvo fin ni límites ningunos. No fin, porque duraba por toda la vida del hijo, aun cuando hubiese desempeñado los mas elevados cargos, ó hubiese conseguido la palma de un singular amor hácia la República: no límites, porque era inmenso y casi des-

pótico. Por la ley de Rómulo, repetida despues y confirmada por los Decemviros, los hijos de familia estaban en el poder y bienes de sus padres, teniendo estos sobre ellos el derecho de vida y muerte, el de venderlos por tres veces, en lo que aventajaba la potestad patria á la señoril, segun el mismo Dionys. *d. lib.* 2.: véase la *l. in suis* 11. *de lib. et posthum. l. ult. C. de pat. pot.*, en cuyo lugar se equivoca Constantino al decir que no era lícito al padre quitar la libertad al hijo; á no ser que se diga que le excusa, el que el derecho de vender á los hijos cayó mas pronto en desuso que el de vida y muerte. Ciertamente sobre esto creo deber dar mas crédito al testimonio de un diligentísimo escritor de las antigüedades Romanas que floreció en tiempo de Augusto, que no al Bizantino. Lo que Ulp. en la *l.* 8. *de his qui sui vel alien. jur.* dice que el derecho de potestad fué introducido por la costumbre, tan solo lo creo cierto con respecto á ciertos efectos de la misma; que, ó fueron introducidos por la costumbre como la substitucion pupilar, *l.* 2. *de vulg. et pup.*, ó por la misma fueron convertidos en imaginarios; como la facultad de vender. Por lo demás, de la misma manera que el siervo lo adquiria todo para el señor, así tambien el hijo para el padre, segun el mismo autor *lib.* 8. El derecho, empero, de vida y muerte, de vender, enagenar, y emancipar, como considerándolo demasiado ageno de la razon natural y del amor en que debia fundarse la potestad paterna, *l.* 5. *de leg. Pomp. de parricid.* se derogó despues, permitiéndose tan solo al padre castigar y corregir privadamente al hijo; y si este hubiese cometido algun delito que mereciese mayor castigo, dispusieron las leyes que conociese de él el magistrado, *l.* 3. *C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l.* 2. *ad leg. Corn. de sicar.* Así, poco á poco las costumbres ásperas y rudas de los Romanos empezaron á suavizarse con la blandura de los Griegos, de quienes recibieron las buenas letras y por quienes fueron convertidos á unas costumbres mas dulces y suaves. Tambien se disminuyó mucho el derecho de adquirir que tenian los padres por medio de sus hijos, sobre lo cual hablarémos, *inf. tit. per quas pers. cuiq. acq.*; habiendo sucedido lo mismo con otros muchos efectos de la patria potestad segun manifestaremos en sus respectivos lugares. VINN. No parece haberse equivocado Constantino M. *l. ult. C. de patr. pot.*, al negar que *fuese lícito al padre quitar la libertad al hijo*; pues por libertad entiende la ingenuidad; siendo el sentido, que aunque los padres vendan á los hijos como á esclavos, no se considera habérseles quitado con esto la ingenuidad, de modo que si despues fueren manumitidos no serán libertinos sino ingénuos: véase lo que mas arriba dijimos, §. 1. *inst. de ingen.* Los antiguos dijeron muchas veces ingenuidad en vez de libertad, segun se ve por lo que se dice en la *l. 4, ff. de jus. et jur.*, en la que se ponen tres especies de hombres; á saber, los libres, los esclavos contrarios á estos, y los libertos. HEIN.

«Nuestra patria potestad difiere muy poco de la del derecho de gentes; por lo que están muy distantes los padres de tener sobre sus hijos unas facultades tan ilimitadas como tenian los romanos; no pudiendo exigir de ellos mas que honra, respeto, obediencia, servicio y ayuda, y no teniendo sobre sus bienes otros derechos que los que explicaremos en el tit. 8. del libro segundo; y sobre ellos mismos algunos otros que se explicarán en sus respectivos capítulos, tales como impedirles contraer matrimonio, nombrarles tutor, sustituirles pupilarmente, etc. Las obligaciones que respecto de sus hijos tienen los padres consisten en criarlos, educarlos y alimentarlos. *L.* 2. *tit.* 19. *P.* 4.»

TEXTO.

Qui sunt in potestate.

3. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est, nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate; et pronepos et proneptis, et deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt; sed in patris eorum.

TRADUCCION.

Quiénes están en la patria potestad.

Aquel que nace de tí y de tu muger está en tu potestad, é igualmente aquel que nace de tu hijo y de su esposa: esto es, tu nieto ó nieta, y tambien el biznieto ó biznieta, y así sucesivamente. Aquel, empero, que nace de tu hija no está en tu poder, sino en el de su padre. (a)

COMENTARIO.

Qui ex filio tuo). Está esto sacado de la *l.* 4. *de his qui sui vel al. jur.*, y su razon es clara; por cuanto nace en la familia del abuelo paterno, y todos los que son de la

(a) L. 1 y 2. tit. 17. P. 4.

misma familia están sujetos al gefe de ella, que aquí es el padre del hijo; quien, como que está en poder de otro, no puede tener á ninguno bajo el suyo, *l. sic eveniet* 21. *ff. ad l. Jul. de adult. l.* 5. *D. de his q. sui v. alien. jur.*

Qui autem ex filia tua). Los nacidos de mi hija no están en mi poder, sino en la potestad y familia de su padre, *l. cum legitimæ* 19. *ff. de stat. hom. l. familiæ* 196. §. 1. *ff. de verb. sign.* (a) Y así á causa de que la muger no propaga á su familia se dice ser el fin de esta, *l. pronuntiatio* 195 §. *ult. d. tit.* Tal vez se diga que no disolviéndose la patria potestad por el casamiento de la hija de familias, §. 2. *inf. de senat. Tertyll. l.* 2. §. 1. *l. quoties* 29. *solut. matr. l.* 1. *ult. de injur.* ¿porqué razon aquel que nace de mi hija no ha de estar igualmente en mi poder, sino en el de su padre? A esto se responde, que sucede así, ya por ley civil, *d. l. cum legitimæ* 19., ya tambien por la naturaleza, ó mejor por derecho de gentes, segun lo que antes dijimos acerca del derecho de aquel que es cabeza de familia. Además, el padre al colocar en matrimonio á su hija se entiende hacer cesion de su derecho, como en muchas otras cosas sobre lo cual hablaremos en otro lugar. Por derecho antiguo la muger que recaia en manos del marido por el uso y la coencion pasaba á su familia y potestad, y estaba en lugar de hija suya, adquiriendo los derechos de los herederos suyos en la familia, por lo que se llamaba madre de familia, siendo así que á las otras tan solo se les daba el nombre de muger ó matrona. Así, pues, si la hija de familias casada, pasaba á manos del marido de este modo y con este rito, se disolvia enteramente el derecho y potestad patria. Si alguno quisiere enterarse mas á fondo de la antigüedad vea á Hotomano que recogió diligentemente cuanto á esta materia pertenece de Cic. *in Topic. cap.* 5. Ulp. *in fragm. tit.* 9.

« En España los nietos no están bajo la « patria potestad del abuelo, por cuanto los « hijos quedan emancipados desde el mo« mento que contraen matrimonio; y otro « tanto sucede tambien por derecho de Ca« taluña. *L.* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec. tit.* 8. « *lib.* 8. *Vol.* 1. *Const. de Cataluña.* Así que « no estando el hijo en la potestad de su pa« dre, malamente podrán estarlo los descen« dientes del mismo: con todo, en Castilla « para que se verifique la emancipacion del « hijo por medio del matrimonio se requieren « las velaciones. »

TITULO DÉCIMO.

De las nupcias.

CONC. CON EL DIG. LIB. 23. TIT. 2., CON EL COD. LIB. 5. TIT. 4. Y CON LA NOV. 74. (b)

Razon del método y resúmen del título.

Aunque en el título precedente se ha empezado á hablar de las nupcias como del primero y principal modo de constituirse la patria potestad; con todo, como que por lo que en él se ha dicho aun no sabemos en que consisten las justas nupcias, los nacidos de las cuales están en la patria potestad, por esta razon se trata de ellas aquí, manifestándose los requisitos que se exigen en las justas nupcias; qué personas y entre quienes no puede contraerse matrimonio, y á qué penas están sujetos los que lo contraen contra lo en las leyes dispuesto. Al fin del título se explica otro modo de constituirse la patria potestad, llamado vulgarmente legitimacion.

TEXTO.

Qui possunt nuptias contrahere.

Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt; qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, fæminæ autem viri potentes; sive patres familiarum sint, sive filii familiarum; dum tamen, si filii familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt: nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut

(a) D. l. 2. tit. 17. P. 4. al fin.

(b) Tit. 2. P. 4. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.



justas parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit. Cuumque super filio variabatur; nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque furiosi posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare secundum datum ex nostra constitutione modum.

TRADUCCION.

Quienes pueden contraer nupcias.

Los varones púberes y las mugeres núbiles, siendo ciudadanos Romanos, contraen justas nupcias si se unen segun lo que mandan las leyes, sean hijos ó padres de familia; con tal que si fueren hijos de familia obtengan el consentimiento de los padres en cuya potestad están, pues esto debe hacerse así, y así tambien lo persuade la razon civil y natural en tanto que el precepto ó consentimiento paterno debe preceder a las nupcias. Por lo que, se ha preguntado si el hijo ó hija del furioso pueden contraer matrimonio, y desintiéndose acerca del hijo salió una decision nuestra por la que se permite que, á ejemplo de la hija del furioso, pudiese tambien el hijo contraer matrimonio sin intervencion del padre, segun la forma prescrita en dicha constitucion.

NOTAS.

Fœminæ viri potentes). Esto es, capaces de procrear; segun Theoph. ὡραῖαι ἀνδρὸς δεκτικαί. Las mugeres se reputan núbiles á la edad de doce años, *l.* 4. *D. h. t. l.* 10. *D. de cond. et dem. l. pen. D. quand. dies leg.*; pues en ella empiezan á tener la menstruacion segun Macrob. *d. loco*. La causa de ser las mugeres mas precoces que los hombres véase en Arist. 4. *de gen. anim. cap.* 6. Macrob. 7. *Saturn.* 7.

Consensum parentum). Las nupcias no son válidas á no intervenir el consentimiento, no solo de los contrayentes, sino tambien el de aquellos en cuya potestad están estos, *l.* 2. *D. h. t. l.* 12. *C. eod.* El temor filial y la reverencia debida á los padres no impiden el consentimiento, *l.* 22. *D. eod.*

Et civilis). Esto es, á causa de la patria potestad, agregándose en el hijo de familia, otra razon, á saber, para que el padre no tenga un heredero contra su voluntad §. 7. *inf. tit. seq.*

Et naturalis). La reverencia y temor filial se debe por ley natural á todos los padres, *l.* 2. *D. de just. et jur.*, aunque por prescindir de él no se considerarian nulas las nupcias á no añadir la ley civil su potestad coactiva, *l.* 11. *D. stat. hom. l.* 22. *C. hoc. tit.* En esto, empero, no siguen el derecho civil los autores del canónico.

Præcedere). El mandato, esto es, la voluntad ó consentimiento del padre debe preceder á las nupcias, *l.* 25. §. 4. *de acq. hæred.* y así no basta que despues las ratifique segun la *l.* 13. §. 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 11. *D. de stat. hom. l.* 6. *C. h. t.* Basta con todo, el tácito consentimiento que las precede ó acompaña, *l.* 5. *C. eod. l.* 7. §. 1. *D. de sponsal.*, pues no es preciso que manifieste expresamente su voluntad el padre, sino que es suficiente que no la demuestre en contrario, συναινεῖν, es decir, que tacitamente consienta. Véase mas abajo en el comentario *num.* 4 *y sig.*

Ex nostra constitutione.) El modo ó forma prescrito en esta constitucion es, que oido el parecer del curador del mismo furioso y el de los principales de toda la familia, en union con el del Magistrado ú Obispo de la misma ciudad se determine acerca del matrimonio, *l.* 28. *de Episc. aud. l.* 25. *C. h. t.*

COMENTARIO.

1. *Qué significa aquí la palabra* justas?
2. *De la edad de los contrayentes.*
3. *Del consentimiento de los mismos.*
4. *De la necesidad que hay del consentimiento paterno.*
5. *Qué es lo que sobre esto dispone el derecho canónico?*
6. *Si la ratihabicion del padre produce efecto retroactivo, de modo que las nupcias contraidas sin su consentimiento se consideren legítimas desde un principio?*

Justas.) Varios son los significados de la palabra *justas*; aqui, empero, quiere decir lo mismo que legítimas, llamándose justas nupcias las contraidas entre ciudadanos púberes segun las leyes de la República Romana, en el mismo sentido que se llama justo el matrimonio en la *l. un. unde vir et uxor. l.* 13. *de his quib. ut indign.* Así tambien se dicen hijos *justos* los legítimos tan solo para diferenciarlos de los naturales y espúreos, *l.* 5 §. *pen. l.* 11. *l.* 12. *de stat. hom.*; padre *justo* á diferencia del natural, *l. lege Julia* 44. §. 3. *hoc tit.*; muger *justa* en la ley *si senatori* 31. *eod.*, llamándose legítima en la *l.* 4. *del mismo título*. En general, empero, se reputan justas nupcias las contraidas segun las leyes y costumbres de cada pueblo

Cives Romani.) Así es que entre los esclavos, Latinos, extranjeros y deportados no hay matrimonio. Ulp. *fragm. tit.* 5. §. 4. *l.* 5. *C. de inc. nupt.* Cic. *in Top.* Y segun esto se responde que no se entiende haber falta do la condicion, si habiéndose dejado una herencia á alguno con obligacion de restituirla si muriese sin hijos, y deportado á una isla tuviese sucesion, *l. ex facto* 17. §. *ex facto* 3. *D. ad sen. Treb.*

2. *Masculi quidem puberes.*) Los Romanos

permitieron contraer matrimonio á sus ciudadanos cuando tenian la edad en que se consideraban capaces de procrear; esto es, los varones 14 años, en cuyo tiempo empieza la pubertad, y segun Macrob. *in somn. Scipion. l.* 1. *c.* 6. y Arist. 7. *pol.* 16. empieza á hacerse sentir la sensualidad; y las mujeres dos años antes (a); porque se considera que á esta edad pueden unirse en matrimonio, *l.* 4. *hoc tit. l.* 10. *de cond. et demonstr.* y si alguno quisiere saber la razon de esta diferencia vea á Arist. 4. *de genanim. c.* 6. De esta decision legal y de la edad prefijada para contraer matrimonio se aparta mucho Platon, quien 4 y 6 *de legib.* fija la de trece años para los varones; y mucho mas aun Arist 7. *polit.* 16. quien quiere que estos se casen á la edad de treinta y seis y las mujeres á la de diez y ocho. Los autores del derecho canónico calculan la pubertad por la facultad de procrear, no por el número de años, *cap.* 5. §. *fin de despons. impub.:* hoy dia, empero, por una general costumbre siguen la decision del derecho civil, que aun cuando no convenga á todos, á lo menos es conforme con lo que sucede á la mayor parte, y se funda además en la autoridad de los médicos y físicos. Rara vez con todo, entre nosotros especialmente, contraen los varones matrimonio á esta edad. En los esponsales no está prefijada; por lo que pueden tener lugar desde la primera edad con tal que entrambos contrayentes sean mayores de la infancia, *l. in sponsal.* 14. *de sponsal.* (b), pudiendo, empero, retractarse en llegando á la pubertad, *c.* 7. *et* 8. *de spon. impub.* VINN. Tambien los Romanos impúberos acostumbraban á casarse con mugeres aun incapaces de procrear, de lo que se ven varios ejemplos en Gruter. *inscr. p.* 788. 8. *p.* 815. 3. *p.* 824. 1. y no por esto se rescindian semejantes nupcias, sino que no se consideraban justas ó legítimas hasta tanto que los cónyuges hubiesen llegado á la edad prefijada por la ley; así es que antes de ella no podia pedirse la dote, *l.* 65. *ff. de jure dot.*, ni se daba la accion *rei uxoriæ* á la repudiada, *l.* 17. §. 1. *ff. de reb. auct. jud. poss. l.* 74. *ff. de jur. dot.;* ni podia esta tampoco exigir un legado que se le hubiese dejado bajo la condicion de casarse, *l.* 10. *pr. ff. de cond. et dem.* Era, pues, como una *esposa* conducida á casa del marido, con tal que hubiesen precedido los esponsales, *l.* 32. §. 27. *ff. de don. int. vir. et ux. l.* 9. *ff. de sponsal.* convirtiéndose en *muger* legítima desde el momento en qué estando en casa del marido hubiese cumplido los doce años, *l.* 14. *ff. de rit. Nupt.* HEIN.

3. *Consensum habeant parentum, quorum in potestate.*) Por derecho civil se requiere en las nupcias, no solo el consentimiento de los contrayentes si que tambien el de los padres en cuya potestad están, si es caso que los tengan, *l.* 2. *hoc tit.*; lo que tambien se observa en los esponsales, *l.* 7. *l.* 11. *con las sig. de sponsalib.* Las nupcias contraidas sin consentimiento de los contrayentes no son válidas, de la propia suerte que no lo es ningun otro contrato sin el consentimiento, *l.* 1. §. 3. *de pact.* (c). Qué sucederá pues si hubiese habido error? debe distinguirse; pues, ó este impide el consentimiento, como si uno yerra en la persona, creyendo casarse con Ticia al hacerlo con Sempronia; y este error anula el matrimonio, *arg. l. si per errorem* 15. *de jurisd. l.* 9. *de contr. empt.* (d). Pues el que Jacob se quedase con Lia en vez de Raquel es porque no hizo uso de todo su derecho, *c. quod autem. c.* 29. *quæ* 1. *Lombard.* 4. *dist.* 30. Otro tanto se ha de decir si se yerra acerca de una cualidad esencial, como acerca de la capacidad para procrear ó del parentesco; por ejemplo, si se ignoraba ser tia ó hermana aquella con quien se casa. Si, empero, el error versa tan solo sobre un accidente; por ejemplo, si es pobre la que se creia rica, si caprichosa la que de buenas costumbres, si plebeya la que se creia noble, etc., como que esta circunstancia puede existir ó dejar de existir sin que por ello deje de subsistir el matrimonio y como que tambien hay entonces un consentimiento acerca la esencia de la cosa se considerará válido aquel; *d. c. quod autem in fin.* Covarruv. *de matrim. p.* 2. *c.* 5. §. 6. *num.* 2. Lo que Inocencio III respondió, *c. tua nos* 26. *de sponsal.*, de que no deberia considerarse que hay matrimonio, si uno con objeto de seducir á una mujer honesta se casase con ella bajo un falso nombre diciendo, por ejemplo: *Juan se casa contigo;* y la muger imprudente atraida con este engaño habiéndose unido con él, tan solo en la creencia de ser su esposa y entregádosele enteramente, si él protestare despues que jamás tuvo intencion de casarse con ella, y ella pidiese que se la guarde la fé prometida; no se observa en el foro externo en el cual se responde á favor del matrimonio pues la Iglesia no juzga acerca de las intenciones. Covar. *de matr. p.* 2. *c.* 2. *n.* 3. Sanchez *tract*

(a) L. 6. tit. 1. P. 4.
(b) Id.

(c) L. 2. tit. 1. P. 4. L. 5. tit. 2. P. 4.
(d) L. 10. tit. 2. P. 4.

de matrim. lib. 1. *disp.* 9. *y siguientes.*

4. El consentimiento en este contrato debe ser enteramente libre, *l. non cogitur* 21. *hoc tit. l. Titia* 134. *de verb. oblig. l. nec filium* 12 *l neque.* 14. *C. hoc. tit.*; por lo que un matrimonio contraido por fuerza ó justo miedo es nulo *ipso jure*, *d. l.* 14. *cap. significavit* 2. *X. de eo qui dux. in matr. cap.* 14. *y sig X. de sponsal.* (a) Covarr. *d. part.* 2. *cap.* 3 *num.* 3. A la verdad, el miedo reverencial ó sea el temor filial debido al padre, con tal que no vaya acompañado de azotes, cárcel ó amenazas no impide el matrimonio ni tampoco el consentimiento, *l. si patre* 22. *hoc tit. l.* 7. *l.* 12. *de sponsal.* Covarr *d. cap.* 3. §. 6. *num.* 3.; lo que con todo examinan algunos (b). Aquel que está en poder del padre tambien debe prestar su consentimiento, *hoc. text. y ley* 2. *eod.* Y hasta el nieto, aun cuando se halle tan solo bajo la potestad del abuelo, necesita el consentimiento del padre, *l.* 16. §. 1. *eod,*; á saber, por la misma razon que hace se exija el consentimiento del hijo cuando el padre quiere adoptar á alguno por nieto; esto es, á fin de que no tenga un heredero contra su voluntad, §. *sed si quis* 7. *tit. seq.* cuya razon cesando en el casamiento de la nieta cesa tambien la disposicion de *d. l.* 16. §. 1. El caso que se propone en la *ley* 5. *eod.* es especial. Que sucederá, pues, si ofreciéndose á los hijos una colocacion honesta disiente el padre, ó prohibe sin causa ninguna al hijo ó á la hija el casarse, ó no quiere pagar el dote? Entonces el Magistrado interpondrá su oficio, y con conocimiento de causa obligará al padre á consentir en el matrimonio y á dar la dote, *l. capite* 19. *hoc tit.* Dice muy bien, *de aquellos en cuya potestad estan*, por cuyas palabras se ve que el consentimiento de la madre no es necesario en el matrimonio de los hijos ni tampoco el del padre en el del emancipado, lo que se halla terminantemente dispuesto acerca del hijo en la *l.* 25. *hoc tit.*; empero respecto de la hija emancipada podria parecer lo contrario por la *l. vidua* 18. *l. in conjunctione* 20. *C. eod.* ¿Dirémos, pues, que se exceptua la hija emancipada menor de veinte y cinco años por consideracion á su sexo y edad? O segun otros, que tan solo por decoro se le manda que pida el consentimiento al padre, sin que sea esto necesario? Ciertamente por dichas leyes se dispone que las huérfanas hayan de obtener el consentimiento de la madre, parientes y curadores, siendo así que la autoridad de estos no es necesaria para contraer matrimonio, *l*, 8. *C. eod.* Mi parecer es el siguiente: antiguamente el padre podia casar á su arbitrio y con quien quisiese á la hija que tenia en su potestad, de lo que tenemos muchos ejemplos en algunos escritores é historiadores, sin que la hija tuviese facultad de contrariar los deseos del padre, á no ser que este la hubiese elegido por esposo algun hombre de malas costumbres, *l.* 22. §. 1 *de sponsal.* Mas el padre no podia á su arbitrio casar ni colocar á su hija emancipada, y por lo tanto las nupcias que esta contraia por su propia autoridad no eran injustas, segun lo manifiestan todas las leyes, que solo requieren el consentimiento de aquel en cuya potestad está aquella ó aquel que contrae matrimonio. Mas este derecho respecto de la hija emancipada menor de veinte y cinco años sufrió varias alteraciones y disminuyó, de modo que asi ella como el padre tienen obligacion de explorarse mútuamente su voluntad, *d. l.* 20. *C. hoc tit.*; de suerte empero, que si la hija repugnare la voluntad del padre, el juez esté obligado á seguir mas bien la de aquella que no la de este, *d. l.* 18. *C. eod.*; de cuya ley se deduce tambien que la voluntad de la emancipada no era enteramente libre. Vinn. Véase lo que el Pontifice dice en el *cap. tua nos* 26. *X. de spons.* Aug. Barbosa *en el mismo cap.* y Layman. *Theol. Moral. l.* 5. *tr.* 10. *part.* 1. *c.* 1. *n.* 11. reprueban del todo este parecer. Hein.

Et civilis et naturalis ratio) Díctanoslo asi la razon natural; pues sin duda alguna el hijo falta á su deber y peca gravemente al contraer matrimonio sin consentimiento de su padre. Díctanoslo tambien la razon civil, paraque el padre no tenga un heredero contra su voluntad. Con todo, el concilio Tridentino anatematiza á aquellos que dicen, que las nupcias contraidas por los hijos de familia sin consentimiento de sus padres son írritas de modo que estos pueden ratificarlas ó invalidarlas; con tal, empero, que se hayan celebrado delante del propio párroco y de dos ó tres testigos á lo menos, segun mas latamente se explica allí. Lo que dispusieron los cánones antiguos sobre esto véase en el *c. aliter. c. nostrates c.* 30. *q.* 5. *c. non omnis, c. honorantur, c. mulier, c. fin. cap.* 32. *q.* 3. *Cujac. ad rubr. de sponsal.* Perez *ad. tit. cap. de nupt. num.* 16., quien con la Glos. en el cap. *sufficiat.* 27. *q.* 2. y otros, dice que solo por decoro se requiere por derecho pontificio el consentimiento de los padres, y que los hijos unicamente en conciencia están obligados á exigir el consen-

(a) L. 10. tit. 2. Part. 4. al fin.
(b) L. 15. tit. 2. P. 4.

timiento de sus padres, lo que hoy dia es cierto segun lo dispuesto en el concilio Tridentino, *sess.* 24. *c.* 1. *de ref. matr.*

6. *Ut jussus parentis præcedere debeat*) El mandato, esto es, el consentimiento, ó mejor dicho el asentimiento del padre en las nupcias del hijo de familias es necesario en tanto grado, como que debe preceder á aquellas y su ratihabicion no produce efecto retroactivo, por cuanto no teniendo esta lugar sino en aquello que no es nulo *ipso jure* desde luego, sino que en algun modo vale y subsiste, *Dec. ad. l. semper* 60. *de reg. jur, nu.* 16.; por esto, pues, no podrá hacer que las nupcias del hijo contraidas sin consentimiento del padre sean legítimas desde un principio, sino tan solo desde el momento en que aquel las ratifica segun la *l.* 11. *de stat. hom. l. eos qui* 65. §. 1. *hoc tit. l.* 13. §. *siquis* 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 6. *C. hoc tit.* Ni obsta el que los hijos nacidos de concubina se legitimen por el subsiguiente matrimonio con esta, §. *ult. inf, eod.*; pues los antiguos no conocian legitimacion ninguna, y lo que despues se estableció acerca de los hijos habidos en el concubinato, (union permitida por el derecho civil) no debe hacerse extensivo á aquellos que han nacido de una union ilícita y prohibida y reputada por estupro. ¿Cómo es pues que Justin. en la *l. ult. C. ap. S. C. Mac.* dispone que toda ratihabicion tenga efecto retroactivo? En esta ley el Emperador no tanto expone los casos en que puede tener lugar la ratihabicion, como demuestra la naturaleza y efecto de esta. Con todo, hoy en dia parece deber decirse que el consentimiento del padre, aunque prestado despues del matrimonio produce efecto retroactivo; por cuanto actualmente el concubinato no tiene ventaja alguna sobre ninguna otra union ilícita, siendo todas reprobadas; esto es lo que entre nosotros se observa segun lo afirman los versados en el foro. Adviértase, que no se requiere precisamente que el padre manifieste abiertamente su consentimiento, sino tan solo que sabiendo de lo que se trata no lo contradiga ni se oponga, *l.* 7. §. 1. *de sponsal. l.* 5. *C. hoc tit.*; como tambien por el contrario, por derecho civil se considera que los hijos han consentido cuando no han disentido abiertamente, *l.* 12. *de sponsal. l. si patre* 22. *hoc. tit.* Asi es, que aqui la palabra *jussus* se opone á la ratihabicion. Vinn. Lo que aquí disputa Vinnio con Bacovio contra la ratihabicion no me parece este fundado en razones muy sólidas; pues que en primer lugar, al negar que la ratihabicion pueda tener efecto en aquellas cosas que son nulas *ipso jure* ya sienta un precedente falso. La donacion entre marido y muger es nula *ipso jure, l.* 3. §. 9. *ff. de don. inter vir et uxor.*; y sin embargo tiene efecto con la ratihabicion, *l.* 125 *C. eod.*, del mismo modo que se considera válido el testamento en que se ha preferido al hijo, con tal que este se conforme con él, *l.* 17. *ff. de injust. rupt. irrit.* La *l.* 11. *ff. de stat. hom.* no trata de la ratihabicion, sino del estado de los hijos concebidos ignorándolo el abuelo, y en la *l.* 63. *ff. de R. N.* no se anula el matrimonio por defecto de consentimiento sino por la prohibicion de la ley, que no permite contraerse aquel entre el presidente de una provincia y una muger natural de la misma: así es, que la ratihabicion tampoco produce en este caso efecto ninguno; muy al contrario del matrimonio contraido sin consentimiento del padre, en el que la ratihabicion retrotrae el consentimiento; lo que tambien debe observarse acerca de las demas leyes citadas por Vinnio. Unicamente el argumento sacado de la legitimacion es bueno, en cuanto del mismo modo que los hijos nacidos antes de las nupcias, subsiguiendo estas se tienen por legítimos; pues que el suplemento del anterior defecto se retrotrae como si siempre hubiese habido matrimonio, así tambien, despues de la ratihabicion del padre los hijos antes de ella nacidos se hacen legítimos, á causa de que la ratihabicion siempre se retrotrae al principio de cualquier acto, *l.* 16. §. 1. *ff. de ping.* De este modo queda desvanecido el fantasma que se creó Wesemb. *ad l.* 5. *C. de nupt.* Huber. *Præl. ad Inst. hoc tit.* §. 10. y en las *ff. eod.* §. 5. refuta con solidez los argumentos de Vinnio, y prueba el contrario parecer. Hein.

«En nuestra España seguimos el derecho «establecido por el concilio Tridentino en «su sesion 24ª considerando al matrimonio no «solo como á contrato, sino como á sacra«mento; y reconociendo que entre siervos «hay tambien matrimonio.»

«En cuanto al consentimiento paterno se «requiere así en Castilla como en nuestro «Principado, segun la *l.* 18. *tit.* 2. *lib.* 10. «*Nov. Rec.* y es causa justa de deshereda«cion cuando el hijo menor de 25 años ó la «hija menor de 23 se casan sin obtenerlo «préviamente. Pero muerto el padre en cu«ya potestat están, no adquieren por esto «los menores de dicha edad la libertad de ca«sarse á su arbitrio segun sucedia por dere«cho romano; sino que la autoridad del «padre pasa á la madre, aunque en este «caso adquieren la libertad de casarse un «año antes; esto es, los varones á los 24 y «las hembras á los 22; pasando progresiva

mente en defecto de la madre al abuelo paterno y al materno, al tutor y al Juez del domicilio disminuyéndose á proporcion el número de años necesarios para no requerirse el consentimiento dicha ley 18. *tit.* 2 *lib.* 10, *Nov. Rec.* Si alguna de las personas mencionadas se resistiese á dar su consentimiento no está obligada á manifestar la razon que para ello tiene; pero los interesados podrán recurrir á la primera autoridad política de la provincia la que prévia informacion concederá ó denegaará el permiso para que tenga efecto el matrimonio. *R. Decreto de 30 de Agosto de 1836.*»

TEXTO.

Quæ uxores duci possunt vel non. De cognatis, ac primum de parentibus et liberis.

1. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam á quarumdam nuptiis abstinendum est; inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt; veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque in infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, ne farias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberarumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

TRADUCCION.

Con qué mugeres puede contraerse ó no matrimonio. De los parientes, y en primer lugar de los padres é hijos.

Asi es, que no es lícito casarnos con cualquiera muger, pues debemos abstenernos de las nupcias con algunas de ellas. No puede contraerse matrimonio entre aquellas personas que están entre sí en lugar de padres é hijos; como el padre y la hija, el abuelo y la nieta, la madre y el hijo, la abuela y el nieto, y asi hasta el infinito; y si estas personas se unieren entre sí, se dirá haber contraido unas nupcias impías é incestuosas. Y en tanto esto es así como que, habiendo empezado á estar en lugar de padres é hijos por la adopcion, no pueden unirse en matrimonio ni aun despues de disuelta aquella; por lo que no podrás casarte con la que fué hija ó nieta tuya por adopcion, aunque la hayas emancipado. (a)

NOTAS.

Inter patrem et filiam.) Entiéndense todos los padres é hijos, hasta los naturales; pues en la celebracion del matrimonio debe atenderse al derecho y pudor natural, siendo contra ellos el tomar á su propia hija por esposa, *l.* 14. §. 2. *D. hoc. tit.*

In infinitum.) Asi deben entenderse los *vers.* 6. y 8. *cap.* 18. *Levit.*

Nefarias atque incestas.) Y en sumo grado; pues hay en ella tanta torpeza y fealdad que toda la naturaleza abomina semejante union, y este es el incesto que, segun Paulo, *l. ult. D. hoc. tit.* se comete por derecho de gentes. Ni deja de ser derecho ó ley porque los Persas no lo hayan observado segun muy bien advierte Xenoph. 4. *memorab.* y Philon. *in decal. lib.* 1. Por lo demás, tambien las otras nupcias que están prohibidas á causa de parentesco ó afinidad se llaman incestuosas, *l.* 39. §. 1. *l.* 95. *D. hoc. tit. l.* 5. *de quæst. l. ult. C. de incest. nupt.* Acerca de esta palabra véase á Non. Isidor. Fest.

(a) L. 7. tit. 7. P. 4. vers. Ca el Padre.

COMENTARIO.

1. *Expónense las varias especies de parentesco y se trata del espiritual.*
2. *Los matrimonios entre padres é hijos son incestuosos en sumo grado.*
3. *No es lícito casarse con la hija adoptiva, aun despues de disuelta la adopcion y porque así?*

Por lo que hasta aquí se ha dicho sabemos que deben concurrir cuatro requisitos para que las nupcias se reputen por legítimas: primero, que los contrayentes sean ciudadanos romanos; segundo, que hayan llegado á la pubertad; tercero, que consienten; cuarto, que si son hijos de familias obtengan el consentimiento de los padres en cuya potestad están, insiguiendo sobre este último requisito lo dispuesto por el concilio Tridentino en los lugares en que está este recibido. A los cuales puede añadirse otro, segun derecho pontificio y una costumbre piadosa; á saber, la solemne bendicion nupcial despues de haberse publicado por tres dias consecutivos el matrimonio en la Iglesia. Si intervinieren todas estas circunstancias diremos ser legítimas las nupcias, con tal que se hayan contraido entre personas que no tengan entre sí impedimento ninguno; pues las hay algunas á quienes el derecho prohibe contraer matrimonio entre sí, cuya prohibicion se funda en la torpeza de la union. Esta torpeza nace del parentesco de los contrayentes ó de su afinidad.

1. El parentesco es de tres maneras; meramente natural, meramente civil y mixto Natural es aquel que nace de una union ilegítima (b); el civil el que trae su orígen de la adopcion, y el mixto es aquel que existe entre las personas nacidas de legítimo matri-

(b) L. 13. tit. 2. P. 4.

monio, concurriendo en este último entrambos derechos, *l.* 4. §. 2. *de grad. et affin.* Otra especie de parentesco se conoce llamada por los autores de derecho Pontificio, espiritual, la que tiene lugar entre el padrino y la ahijada en el bautismo, *cap. de cognat. spirit.* Covar. *de matrim. p.* 2. *c.* 6. §. 4., la cual aprueba tambien Justiniano, *l. si quis* 26. *circa fin. C. hoc. tit.* Los Pontífices Romanos en su Iglesia y los griegos en la Oriental la hicieron extensiva hasta el séptimo grado, como considerando mayor el parentesco espiritual que el carnal, segun el dicho del Sinodo *in Trillo.* Existe sobre esto una constitucion en el *lib. cuarto, decretal. tit.* 11. *y lib.* 3. *jur. orient. caus.* 50. Mas habiéndose en el concilio Tridentino discutido mucho acerca de esta prohibicion, y siendo muchos de opinion que debia quitarse enteramente, se decretó que el impedimento de la cognacion espiritual se restringiese de modo, que solo tuviese lugar entre los padrinos y la ahijada, y su padre y madre, *decret. de reform. cap.* 2. *Sess.* 24. VINN. La cognacion espiritual, segun los canonistas, no solo nace del bautismo sino tambien de la confirmacion, *cap.* 1. *fin. de Cogn. espirit. in* 6.; aunque juzgan que este parentesco, no tanto es impedimento dirimente como impediente, *c.* 2. *eod. num.* 6. Finalmente tambien dividen la cognacion espiritual en *paternidad*, que tiene lugar entre el bautizante y el bautizado, y este y su padrino, en *compaternidad* entre los parientes del bautizado y del bautizante y padrino, y finalmente en *fraternidad* entre el bautizado y los hijos del bautizante y tambien del padrino. Azpilcue. *Tom.* 5. *c.* 22. *num.* 56. HEIN.

Parentum livererorumve locum). *L. nemini* 17. *C. hoc. tit.* Mas bien hubiese dicho, *entre padres é hijos;* pues tambien el tio paterno y el materno están en lugar de padres, *l. sororis* 29 *hoc. tit.*

2. *Nefarias atque incestas*). Y en sumo grado; pues hay en ellas tanta torpeza y fealdad que por naturaleza todos abominamos semejante union, y de preciso les remuerde la conciencia á aquellos que violan esta ley natural, y hasta son execrables aquellos que por ignoracia cometen este crimen. De ahí aquellas calamidades de la familia de Edipo de las que están llenas las tragedias, y tambien aquellas penas del infierno, aunque fingidas en Homero 11. *Odyss.*

Μητέρα δ' Οἰδιπόδαο ἴδον καλὴν Ἐπικάστην

De ahí es tambien que Neron se hizo mas aborrecible y criminal por su incesto, que por todos sus demás crímenes. Sobre los Partos dice Lucano.

Cui fas implere parentem,
Quid rear esse nefas?

A todos estos agréguese Filon, *Jud. in decal. lib.* 1. Por lo demás, tambien las otras nupcias que están prohibidas á causa de parentesco ó afinidad se llaman incestuosas; esto es impuras y profanas, si hemos de dar crédito á Isidoro, *lib.* 5. *cap.* 26. *d. l. sororis* 29. §. 1. *l. etiam si* 56. *eod. tit. C. de incest. nup.* Si son contrarias, con todo, á la ley natural y al decoro, lo veremos mas adelante. La prohibicion de las que tratamos ahora, no hay duda en que es natural; pues hay en el ánimo de cada cual una cierta repugnancia innata á la union entre padres é hijos, de modo que hasta repugnan á ella algunos animales segun lo han advertido algunos. Séneca, *Hippol. act.*, 3. *v.* 913.

Feræ quoque ipsæ veneris evitant nefas,
Generisque leges inscius servat pudor.

Otra razon se da en que fundar esta prohibicion, y no de poco peso; á saber, la confusion que resultaria de la regla comun de los parentescos, cuya confusion es contraria en alto grado á la ley y órden natural, y se sigue indispensablemente de la confusion ó mezcla de la sangre entre padres é hijos. Hace estremecer aquello de Edipo en Séneca, *Thebaid. act.* 1. *v.* 134.

Avi gener, patrisque rivalis sui,
Frater suorum liverûm, et fratrum parens
Uno avia partu liberos peperit viro.
Ac sibi nepotes. Monstra quis tanta explicet?

Y tambien lo de Tiestes en *Agamen. act.* I. 34.

Versa natura est retro.
Avo parentem (proh nefas!) patri virum,
Natis nepotes miscui nocti diem.

3. *Quamvis per adoptionem*). Tambien á causa de la cognacion meramente civil se prohiben las nupcias entre padres é hijos, reputándose como ilícito el tomar por muger á la que fué nuestra hija ó nieta adoptiva; en tanto que ni aun esto es permitido, por mas que la adopcion se haya disuelto emancipándola, *l. quin etiam* 55. *hoctit.* (a) Ni debe esto admirarnos, aunque todos los derechos adquiridos por la adopcion, con la emancipacion se disuelvan, *l.* 13. *D. de adop.* pues que en las nupcias siempre se tiene en consideracion el pudor y la reverencia, *l. adoptivus* 14. §. 2. *hoc tit.*, y la persona del padre debe ser tan santa y digna de reverencia para la hija, que para impedir las nupcias basta haber sido alguna vez padre. Por una razon casi igual no puedo casarme con la madre de mi padre adoptivo; no por-

(a) D. L. 7. tit. 7. P. 4.

que esto lo probiba algun parentesco civil, pues no le hay entre nosotros dos, *l. qui in adoptionem 23. ff. de adoption.*, sino á causa de la reverencia que por atencion al padre debo á la madre de este mientras que permanezco en su familia: y seria muy indecoroso que yo me convirtiese en padre de mi padre, aunque adoptivo. Ciertamente si por la emancipacion se hubiere la adopcion disuelto, nada impedirá entonces que se contraigan estas nupcias; pues que ella nunca estuvo en lugar de abuela mia, sino que siempre me fué extraña, *d. l. 23. de adopt. d. l. 55. hoc tit.* Mas tal vez se diga que tampoco la muger del padre adoptivo está en lugar de madre, *d. l. 33.* y con todo, no puede contraerse matrimonio con ella, ni aun despues de la emancipacion, *d. l. 14. pr. hoc tit.* Pero esto nada le hace; pues basta el haber estado en alguna ocasion en lugar de madrastra, *d. l. 14.*

TEXTO.

De fratribus, et sororibus.

2. Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constad adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt; quum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere; sed et si tu emancipatus fueris nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam suam emancipare; et si quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium suum emancipare.

TRADUCCION.

De los hermanos y hermanas.

Una prohibicion semejante, aunque no tan estrecha existe entre aquellas personas que estan unidas por un grado transversal de parentesco; pues que entre los hermanos estan prohibidas las nupcias, ya hayan nacido de un mismo padre y madre, ya tan solo de uno de ellos. Y tambien si una empieza á ser hermana tuya por adopcion, mientras esta subsistiere, no podrás casarte con ella; empero sí podrás verificarlo una vez disuelta aquella por la emancipacion, y tambien si tu fueres emancipado ningun impedimento habrá para estas nupcias (a). Tambien es cierto que si uno quiere adoptar á su yerno debe antes emancipar á su hija, y si quiere adoptar á su nuera debe emancipar antes á su hijo.

NOTAS.

2. *Sive ab altero eorum*). Concuerda con *d. cap. 18. Lev. 9. 11.* Entre los atenienses era permitido casarse con la hermana consanguinea; esto es, nacida de un mismo padre; mas no así con la uterina ó nacida de una misma madre. Tampoco es permitido casarse con la hermana natural, *l. 54. D. hoc tit.*

Quamdiu constat adoptio). Segun lo que dice Cajo, *l. 17. D. hoc tit.* Paulo en Rufino, dice, *que la cognacion adoptiva impide del todo las nupcias entre padres é hijos, y entre hermanos mientras que no intervenga la capitis diminucion.*

(a) L. 7. tit. 7. P. 4.

COMENTARIO.

1. *Manifiéstase aquí con sólidas razones que la ley divina acerca de no casarse con las hermanas es moral y de derecho inmutable.*

Ex transverso gradu). La línea de cognacion es directa ó perpendicular, ó transversal: la recta es ó ascendiente que comprende á los padres, ó descendiente que comprende á los hijos. La transversal abraza á aquellos que vienen de los lados; y es, ó igual que comprende á los que distan igualmente del tronco comun, como son los hermanos y hermanas, y los primos; ó desigual cuando uno está ma distante del tronco que otro, como son los tios y los sobrinos. En la línea recta, segun ya se ha dicho la prohibicion se extiende hasta el infinito: mas no así en la transversal, de la que pasa á tratar ahora el emperador.

1. *Inter fratrem et sororem*). En la línea transversal igual solo hay un grado por derecho civil, á saber, los hermanos y hermanas, en que estén prohibidas las nupcias, *l. nemini 17. C. hoc tit.*; las cuales encontramos, y no en un solo lugar, que Dios las prohibe tambien, *Levit. 18. 9. y 20. 17. Deut. 27. 20.* Que dirémos pues? esta prohibicion ó ley acerca de no casarse con las hermanas es moral, y tiene una causa perpétua y natural de prohibicion? ninguna duda hay en que es moral y natural á la vez; y me induce á creerlo así lo que Dios dice por boca de Moises: *Aquel que tomare por esposa á su hermana hará una cosa impía, y será muerto á presencia del pueblo*, Levit. 20. 17. *y* Deut. 27. 20. y añade: *maldito sea todo aquel que duerme con su hermana.* Así es que uno de los delitos que contribuyeron á que Dios extirpase á los Cananeos fué este; Levit, 18 *circa fin,* siendo así que ellos no tenian otra ley que la natural. Platon tambien dice, *lib. 8. de legib.* que las uniores de los hermanos de ningun modo estan permitidas, y que son muy detestadas por los Dioses. De ahí es, que en las trage-

dias de Macarei se ve que desde luego que supieron que habian tenido trato con sus hermanas se dieron la muerte, castigándose por su propia mano. Y Ciceron *lib.* 1 *de divin.* llama á la union de los hermanos un *estupro impío*, y Luciano en Philop. la *union mas detestable*. Quien empero, nos enseñó esto? La naturaleza por sí sola, la que ya nos enseña á ser ilícito unirse con su propia hermana, al no infundir el apetito ó deseo carnal entre los hermanos. Y efectivamente, ¿quién hay que por hermosa que sea su hermana desee casarse con ella ó gozarla? No solo apelo á Platon sino á la experiencia misma. Dice aquel *en Plaut. Curcul. act.* 1. *v.* 51. *Tam á me pudica est, quamsi soror mea sit.* Ni tuvo Abraham otro medio mejor para que no le considerasen por marido de Sara, que el decir que era hermana suya, *Genes.* 12. 12. *et* 20. 12. Finalmente, no solo los Romanos, sino tambien otros pueblos y casi toda la Grecia, segun Alex, ab. Alex. 1. *genial. dier.* 24. creyeron una cosa nefaria los matrimonios entre personas nacidas de unos mismos padres. Ni es esto menos ilícito, porque los Egipcios y algunas otras naciones obraron en contra, á ejemplo de sus Dioses, como Saturno al casarse con su hermana Opis, Jupiter con Juno y Osiris con Isis; porque, ¿qué nos prueba esto en un pueblo en que no solo escontramos permitidos los matrimonios entre los hermanos sí que tambien entre madres é hijos? Objétase lo que respondió Tamar á Amnon su hermano consanguíneo: *ve á hablar al Rey, pues no te negará mi mano;* 2. *Samuel* 13. Pues á esto puede responderse que, ó bien Tamar dijo esto para librarse del peligro presente, ó creyendo en realidad que esto era lícito á su padre rey; y asi nunca de ahí podrá deducirse que David lo concediese ó que hubiese obrabo bien al hacerlo. Lo que sí es de alguna monta, por ser cierto segun la sagrada escritura, y puede objetársenos aquí es, que en un principio fué preciso que los primeros hombres se casasen con sus hermanas, pues no habia otras mugeres. A esto responden los Teólogos haber sido por necesidad, y que intervino una tácita y divina dispensacion; pues habiendo el Señor mandado propagarse el género humano sin haber criado muchas mugeres, es claro que fué su voluntad el que pudiese contraerse matrimonio entre los hermanos; aunque despues la naturaleza misma nos enseñó no ser esto lícito. Hase verificado, pues, segun San Agustin, *lib.* 15. *de civitate Dei, cap.* 16., que *cuanto mas antiguo es á causa de la necesidad*, (entiéndase la necesidad nacida de las circunstancias de aquel tiempo) *tanto mas reprehensible se ha hecho despues prohibiéndolo la religion*, (esto es, la aversion natural). Algunas otras causas nos pone en el mismo lugar San Agustin por las cuales no deben casarse entre sí los hermanos; á saber, para que el parentesco se extienda entre muchos y se difunda y propague la caridad entre los ciudadanos; lo que segun Ciceron nos enseña, 5 *de finib.* se verifica por este medio; y además para que se evite la confusion del parentesco y afinidad, que acompaña necesariamente á los matrimonios de los hermanos. Estas razones, empero, no son de tanto peso que lo que se haga en contra de ellas se deba considerar como ilícito por derecho natural. Este mismo parecer tiene sobre esta cuestion Covarr. *de matrim. p.* 2. *cap.* 6. §. 10. *num.* 15. Tulden. *ad. h. t. cap.* 6.

Sive ab altero eorum). Para las nupcias ninguna diferencia hay en que los hermanos sean germanos ó tan solo consanguíneos ó uterinos, *Levit.* 18. 9. 11.; pues que ni la hermana natural es lícito tomar por esposa, *l.* 54. *ff. h. t.* En las sucesiones, empero, se reputa mas estrecho el parentesco entre los unidos por parte de padre y madre, *auth. itaque C. comm. de suc.*, y aun antiguamente era mejor la condicion de los consanguíneos que la de los uterinos. Los hijos naturales fuera de la sucesion de la madre apenas tienen derecho ninguno.

Quamdiu constat adoptio). La fraternidad nacida de la adopcion impide las nupcias mientras subsiste, ó el hijo está en la patria potestad; mas si el padre reteniéndome á mí en su poder emancipare á su hija adoptiva, ó emancipándome á mí la retuviere á ella en su potestad podremos unirnos en matrimonio, *l. per adoptionem* 17. *h. t.* (a); por cuanto está disuelto el vínculo de agnacion único que impide estas nupcias; pues el respeto, la reverencia y el decoro que aun despues de disuelta la adopcion quedan entre el que fué un tiempo padre y la hija no existen aquí.

Antea filiam suam emancipare). De otra suerte se dirimiria el matrimonio; pues no puede subsistir entre el hermano y la hermana aunque adoptiva, segun así lo advierten Teófilo, Hotom. y Wesemb. y lo insinúa Trifon. en la *l. non solum.* 67. §. 3. *hoc. tit.*; pues sostener que el matrimonio subsiste y que la adopcion está disuelta, de cuyo parecer es Bacovio, no sé si podemos hacerlo por derecho civil, el que, aunque prohibe las

(a) L. 8. tit. 7. P. 4.

nupcias entre los hermanos adoptivos, permite, con todo, adoptar al yerno; y por consiguiente debemos creer que adoptado este, quiso que se disolviesen las nupcias y no la adopcion; véase el *tom.* 1. *juris Græco Rom. l.* 8. *c. de adop.* en donde se dice: γάμοσ λύεται, ἐνίκα τιν τόν ἴδιον γαβρὸν ὑιοθετήσηται, esto es, *el matrimonio se disuelve cuando alguno adoptare á su propio yerno.*

TEXTO.

De fratris et sororis filia vel nepte.

3. Fratris vero, vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint: cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit filiam, non videris prohiberi uxorem ducere; quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.

TRADUCCION.

De la hija ó nieta del hermano y de la hermana.

Tampoco es permitido tomar por esposa á la hija del hermano ó hermana, ni á la nieta de los mismos; aunque estén en el cuarto grado; pues no permitiéndose contraer matrimonio con la hija de alguno tampoco se permite contraerlo con su nieta. Con todo, no parece te esté prohibido casarte con la hija de la muger que tu padre adoptó; pues no estás unido con ella ni por derecho natural, ni por derecho civil. (a)

NOTAS.

3. *Fratris vel sororis filiam*). Está este §. sacado de la ley 17. *D. hoc t. l.* 17. *C. eod. l. ult. C. de incest. nupt.* Ulpiano en *Rufino* y en los *fragm. tit.* 5. dice ser permitido casarse con la hija del hermano; mas no así con la de la hermana, lo que lo habia introducido Claudio; Suetonio *in Claud. cap.* 26. Tacit. 12. *ann. c.* 5. *seq.*; mas posteriormente se quitó esta diferencia en *d. l.* 17. Tampoco hay duda ninguna en que por ley divina estan prohibidas estas nupcias, por lo mismo que se nos prohibe casarnos con las tias paternas y maternas, Levit. 18. *vers.* 12. *et* 13.; pues milita la misma razon.

COMENTARIO.

1. *Las nupcias con la hija del hermano y hermana, y en general entre todas aquellas personas de la linea transversal que están entre sí en lugar de padres é hijos, estan prohibidas por ley divina, la que es moral al mismo tiempo.*

(a) L. 7. tit. 7. P. 4. vers. Otro sí.

1. En la linea transversal desigual están prohibidas por derecho civil las nupcias entre aquellas personas que están entre sí en lugar de padres é hijos, *l. per adoptionem* 17. §. 2. *l. sororis.* 39. *h. t. l. nemini.* 17. *C. eod. l. ult. C. de incest. nupt.* §. *item amitam* 5. *inf. eod.*; y esta prohibicion es hasta lo infinito, *l. nuptiæ* 53. *h. t.*; pues aquí no se tiene en consideracion el número de grados mas de lo que se hace en la linea recta entre padres é hijos. Pero si se pregunta si la ley divina del antiguo testamento está del todo conforme con esta prohibicion, yo soy de parecer que aunque especialmente no esté expreso en la ley de Moises, con todo establecidas algunas cosas que son iguales debe tenerse tambien por expresado; pues la misma razon exige que sobre cosas semejantes se establezcan unas mismas disposiciones, y en esta prohibicion no tanto se atiende al número de grados como á la veneracion debida á las personas. Al prohibir, pues, el Señor expresamente las nupcias con las tias paternas y maternas, *Lev.* 18. *vers.* 12. *et* 13., se entiende tambien que prohibe las nupcias con las madres de las tias paternas y maternas, y con las demás ascendientes. Asi tambien por una razon de analogía se entenderá lo mismo de las nupcias con una sobrina y demas descendientes de los tios paternos y maternos. Que esta prohibicion es perpétua y forma parte de la ley moral se prueba casi con los mismos argumentos, con los que demostramos mas arriba que las nupcias entre los hermanos repugnaban á la naturaleza y decoro; aunque esta puede dispensarse, segun el concilio Tridentino, *sess.* 24. *cap.* 3. Solo añadiré que entre los romanos, como ninguna ley prohibia aun las nupcias de la hija con el hermano solo se reputaban incestuosas por la costumbre, *l. sororis* 39. §. 1. *l. etiam si* 56. *h. t.*; en tanto que el mismo Emperador Claudio no se atrevió á casarse con Agripina hija de su hermano Germánico, sino despues de haber obtenido un senadoconsulto por el que se le permitia semejante enlace; y apesar de todo esto no hubo en una ciudad tan corrompida como Roma sino muy pocos malvados aduladores que siguiesen este ejemplo. Sueton. *in Claud. c.* 26. Tacit. 12. *annal. cap.* 5. *seq.* Posteriormente este senadoconsulto fué derogado por Nerva segun Xifilino; aunque esta ley de Nerva duró tan poco como su imperio, y empezaron otra vez á reputarse por licitas las nupcias con la hija del hermano segun el edicto de Claudio; pues como dice Capitolino, Antonino Pio dió por esposa una hija suya á su hermano; lo que ya antes, segun

Suetonio, hizo Tito antes de la derogacion del referido senadoconsulto, Domitiam c. 22. Por otra parte, á causa de aquel senado consulto ó edicto de Claudio parecia pugnar con el decoro natural, se tomó en un sentido muy estricto entendiéndose tan solo de la hija del hermano, y no de la de la hermana segun Ulpiano, *tit.* 5. §. 6.; ó mejor segun yo pienso, ya en el tiempo de la Jurisprudencia media habia perdido su fuerza por lo que escribe Cayo, *l, quin etiam* 55. §. 1. *h. t.* de que no es lícito casarse con la nieta del padre adoptivo. ¿Cuánto menos pues debió serlo con la nieta del padre verdadero y natural, ó sea con la hija del hermano verdadero? Séase de ello lo que fuere, fué este edicto finalmente derogado expresamente por los príncipes paganos Diocleciano y Maximiniano, *l. nemini* 17. *C. h. t.*; de tal modo esta ley está grabada por la naturaleza en los corazones de los hombres, *l. ult. C. de incest. nupt.* Vinn. La ley 17. *C. de nupt.*, está tomada del Código Gregoriano, *lib.* 5. *tit.* 1. §. 9. en donde se halla mucho mas íntegra; y en ella nada se dice de la hija del hermano, sino de la de la hermana, cuya distincion admite tambien Ulpiano, *tit.* 5. §. 6. De aquí deducimos primero, que la *l.* 17. *C. de Nupt.*, y el lugar de Cajo en el *lib.* 1. *Inst. tit.* 4. §. 5., en donde se probibe el matrimonio con la hija del hermano fueron enmendados, aquella por Triboniano y este por Aniano: segundo, que la ley de Nerva no prohibió el matrimonio con la hija del hermano, sino tan solo con la de la hermana; tercero, que los primeros que prohibieron las nupcias con la hija del hermano fueron Constantino y Constancio, *l.* 1. *C. de incest. Nupt.* Hein.

Quamvis quarto gradu). Segun esto aparece que por derecho civil era lícito contraer matrimonio en el cuarto grado de la línea transversal, si exceptuamos aquellas personas que están etre sí en lugar de padres é hijos.

Cujus filiam etc. Neque ejus neptem). Esta regla debe restringirse á la hipótesis de que se trata, y asi no siendo lícito casarse con la hija del hermano ó hermana tampoco lo será verificarlo con la nieta de los mismos. La verdadera razon de esto es, porque estan entre sí en lugar de padres é hijos, de modo que aquí se tiene en consideracion otra cosa á mas del número de grados, §. *item. amitam* 5. *inf. l. nuptiæ* 53. *eod.*

Neque naturali, neque civili). No por cognacion natural, porque no es una de mis parientas; por cuanto la adopcion no da el derecho de sangre: no por cognacion civil, porque ninguno se hace tio materno de otro por medio de la adopcion, *l.* 12. *in fin eod.* contrayéndose con esta parentesco únicamente entre aquellos que si estuviesen unidos con nosotros por vínculo de sangre serian agnados nuestros, *l. per adoptionem* 23. *de adop.*

TEXTO.

De consobrinis.

1. Duorum autem fratrum, vel sororum liberi, vel fratris et sororis, conjungi possunt.

TRADUCCION.

De los primos hermanos.

Los hijos de dos hermanos ó hermanas, ó el uno de un hermano y el otro de una hermana pueden contraer matrimonio entre sí.

COMENTARIO.

1. *Las nupcias de los primos hermanos no estan prohibidas por derecho civil ni por derecho divino; aunque los cánones llevaron mas allá la prohibicion.*
2. *Explícase la diferencia en el modo de contar los grados entre el derecho civil y el derecho canónico.*

1. Vuelve ahora el Emperador á la línea transversal igual, y dice, que todos aquellos que en ella están en el cuarto grado segun la computacion civil, pueden unirse en matrimonio; como por ejemplo, los hijos de hermanos, y lo mismo se dice en la *l.* 3. *h. t. l. celebrandis* 19. *C. eod.* Dispónese esto asi, porque aquí cesa la razon que me impide casarme con la nieta del hermano en cuanto estoy yo en lugar de padre, y ella en lugar de hija. Tampoco por ley divina estan prohibidas las nupcias entre primos hermanos, si los ejemplos pueden establecer ley; pues expresamente no están permitidas *Núm.* 36. 11. San Agustin *lib.* 15. *de civ. Dei* tratando del matrimonio de los primos hermanos dice, que la ley divina no las habia prohibido ni tampoco la humana hasta su tiempo. Teodosio el Mayor sin embargo las prohibió segun escribe Aurel. Victor.; mas sus hijos Arcadio y Honorio derogaron esta ley, y restablecieron la autoridad del antiguo derecho, *d. l. celebrandis* 19. *C. h. t.* Los Pontífices Romanos extendieron mas allá la prohibicion, y vedaron unirse en matrimonio no solo á los primos hermanos sino tambien á los hijos de estos hasta el cuarto grado de la computacion canónica, que es el octavo de la civil, *cap. non debet. de cons. et affin. concil. Lateran. c.* 50. Con la auto-



ridad de este concilio derogó Inocencio los decretos de los anteriores pontífices, que reprobaban las nupcias contraidas dentro del séptimo grado de la computacion canónica; esto es el décimocuarto de la civil, *c. progenium y sig. c. nulli, y sig.* 35 *q.* 2. y 3.

2. Exige este lugar que tratemos aquí de paso de la diferencia que existe en el modo de computar los grados entre el derecho civil y el canónico, el que únicamente se sigue en las causas matrimoniales; pues en las sucesiones se atiende á la computacion civil, aun en las tierras de la iglesia (a) segun Schneid *hic* y Tulden. *ad tit. Inst. de grad. cogn.* Por derecho civil cada generacion constituye un grado, de modo que tantos son estos cuantas son las generaciones, §. *hactenus* 7. *inf. d. tit.* En la linea recta, ó bien se asciende, llamándose de aqui línea ascendiente, y abrazando los padres; ó bien se desciende, y se llama de los descendientes comprendiendo los hijos (b). En la linea transversal ó colateral primero se sube, y despues se baja: por ejemplo; yo soy engendrado de mi padre: he aqui un grado; mi padre engendró á Ticio hermano mio; hé aqui otro grado, de donde se sigue que los hermanos distan dos grados por derecho civil. Del mismo modo, si se pregunta cuantos grados hay desde mí á mi tio paterno subiré primero al abuelo, autor comun de nuestra cognacion, y en seguida bajando á su hijo que es mi tio paterno hallaré que disto de él tres grados, y así sucesivamente. Explícase esto con mas latitud, *infr. de gradu cognat.* Mas el derecho pontificio cuenta los grados de otro modo, *cap. ad sedem* 35. *quæst.* 5. siendo las reglas de su computacion las siguientes. Primera: *En la línea de los ascendientes y de los descendientes hay tantos grados como personas menos una*, diferenciándose el modo de contar en esta linea del que se emplea por derecho civil, en que los cánones cuentan las personas y aquel las generaciones. Segunda: *En la línea transversal igual, tantos cuantos grados dista uno de ellos del tronco comun, otro tanto distan entre sí* (c); por ejemplo, segun este derecho el hermano y hermana distan tan solo un grado, porque solo un grado hay de ellos al padre comun; y con mi primo hermano estaré en segundo grado, porque soy el segundo, contando desde el abuelo que es el origen comun de entrambos. Tercera: *En la línea transversal desigual, tantos cuantos grados dista el mas remoto del tronco comun, otros tantos distan entre sí*; así es que el hijo de mi hermano está con respecto á mí en segundo grado, porque dista de mi padre, abuelo suyo, dos grados; y del mismo modo el nieto de mi hermano estará conmigo en tercer grado, porque es el tercero contando desde mi padre, bisabuelo suyo (d).

Conjungi possunt). Teófilo lo traduce negativamente, es decir, *no pueden unirse*; porque así se observaba en el Oriente; pues despues de Justiniano bajo los Emperadores Griegos estos matrimonios fueron por segunda vez prohibidos. Harmenop. *l.* 4. *tit.* 9. Jacop. Gothof. *ad l. un. C. Th. si nupt. ex rescr. pet. lib.* 3. *tit.* 10. *tom.* 1. *p.* 288.

TEXTO.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5. Item amitam, licét adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam, et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

TRADUCCION.

De la tia paterna y materna nuestra, y de la tia paterna y materna de los padres.

Tampoco es permitido tomar por esposa la tia paterna, aunque adoptiva, ni tampoco la materna; porque estan en lugar de padres, por cuya razon tambien es cierto estar prohibido el matrimonio con la tia paterna y materna de nuestros padres

COMENTARIO.

La explicacion de este párrafo véase en lo que dijimos mas arriba en el §. 3.

Licèt adoptivam). Añádase aquí de propósito la palabra *adoptiva*, omitiéndose en la tia materna; pues esta no puede hacerse tal por medio de la adopcion, como tampoco el tio materno, *l.* 12. §. *ult. A. tit.* Las mismas palabras deben sobreentenderse en la tia paterna de mi padre, *l. per adoptionem* 17. *in fin. cod.* Vinn. Parece con todo oponerse esto a lo que dice Cajo en la *l.* 55. §. 1. *ff. de ritu nupt.* de que no es lícito casarse ni con la tia materna del padre adoptivo. Pero esta está en lugar de madre con respecto al padre adoptivo, y de aquí es que debe ser respetada por el hijo adoptado, no pudiendo casarse con ella mas de lo que puede hacerlo con la viuda de su padre adoptivo, *l.* 14. *pr.*

(a) L. 3 tit. 6. P. 4. vers. E la razon.
(b) L. 2. tit. 6. P. 4. vers. La primera.
(c) Véanse las reglas puestas despues de la de 1. 2. tit. 6 P. 4.
(d) V. los ejemplos de la l. 2. tit. 6. P. 4

ff. h. t. Cuyo respeto no existe entre la hermana del padre adoptivo y el hijo por este adoptado. Hein.

TEXTO.

De affinibus, et primum de privigna, vel nuru.

6. Affinitatis quoque veneratione à quarumdam nuptiis abstinere necesse est; ut ecce, privignam aut nurum ducere non licet, quia utræque filiæ locò sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna tua. Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est; ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

TRADUCCION.

De los afines, y en primer lugar de la hijastra y de la nuera.

6. A causa de la afinidad debemos tambien abstenernos de las nupcias con ciertas personas, y así no nos será permitido casarnos con nuestra hijastra ó nuera, porque entrambas estan en lugar de hijas nuestras. Lo que debe entenderse respecto de aquella que fué en otro tiempo nuera ó hijastra nuestra (a)*; pues que si aun lo fuere, esto es, si aun estuviere casada con nuestro hijo, habrá otra razon para no poder tomarla por esposa; á saber, que no puede estar casada la misma muger con dos. Lo mismo dirémos si fuere aun hijastra tuya, esto es, si su madre está casada contigo: no podras entonces tomarla por esposa, porque no es lícito tener dos mugeres á un mismo tiempo.*

NOTAS.

6. *Privignam*). Llámase así, porque fué engendrada antes que la madre contragese segundas nupcias. Festo.

Qui duas uxores). *L.* 2. *C. de inc. nupt. l.* 18. *C. ad leg. Jul. de adult.* Otras muchas naciones tambien hubo que establecieron la monogamia. Dionys. Halic. *lib.* 2, siendo en el Occidente muy raras las nupcias con dos mugeres á la vez. Acerca de los Germanos lo atestigua Tácito, *de moribus Germ. c.* 18. Valentiniano quiso permitirlas Niceph. Calist. *lib.* 11. *cap.* 33. Jul. Poll. *in chron.* En la República Cristiana no conviene tolerarlas segun lo prueba lo que se dice en *Math. c.* 5. y 19. *Marc.* 10. *Luc.* 16. *Paul.* 1. *Cor.* 7. Vinn. El intento de Valentiniano no tuvo un éxito mas feliz que el de Julio Cesar que probó una cosa semejante por medio de Elio Cecina, Suet. *Jul. c.* 52. No falta quien piensa que lo que se refiere sobre Valentiniano segun Sócrates *H. E. lib.* 4. *c.* 31. es falso y sobre todo Tillemont en la historia de los Emperadores *tom.* 5. *part.* 1. *not.* 28. *p.* 545. Hein.

(a) L. 5 tit. 6. P. 4.

COMENTARIO.

1, y 3. Aunque propiamente hablando no haya grados en la afinidad, con todo pueden establecerse ciertos grados entre los afines.
2. Las especies de afinidad establecidas por los antiguos cánones fueron modificadas por los decretos de los pontífices posteriores.
3. En la línea recta de los afines hay la misma prohibicion que en la de los cognados
4. Hasta donde se extiende la prohibicion en la línea transversal de afinidad?
5. Las prohibiciones del Levit. 18., *que se refieren á los afines son morales.*
6. Por derecho civil antiguo parece no hubo prohibicion entre los afines de la línea transversal.
7. La poligamia no debe tolerarse en la república Cristiana.

1. Hasta aquí se ha tratado de las nupcias que no pueden contraerse por causa de la cognacion. La afinidad es una imágen de esta, siendo su fuerza tal que no permite el natural decoro, que entre ciertos afines se contraiga matrimonio. Son afines los cognados del marido y de la muger, y se llaman así, porque se unen dos parentelas que eran diferentes y por medio de las nupcias la una se acerca á los límites de la otra, *l.* 4. §. 3. *ff. de grad. et affin.* (b) en la que se enumeran los nombres peculiares de los afines. Propiamente hablando, no hay grados en la afinidad, porque los afines no engendran á otros afines, *d. l.* 4. §. 5.; con todo no hay inconveniente en que establezcamos ciertos grados entre los afines, pues así tambien lo dice Paulo *l.* 10. *pr. d. tit.*; ni en que digamos, que en el mismo grado en que uno es cognado del marido, en el mismo es tambien afin con la muger ó casi cognado, y así por el contrario.

2. Los antiguos cánones establecieron tres especies diferentes de afinidad; así por ejemplo, el hijo de mi muger es con respecto á mi, afin del primer género; su muger del segundo; muerto mi hijastro, si la muger de este se casare con Ticio, este será afin mio del tercer género. Así es, que el hermano de mi muger está en el primer género de afinidad con respecto á mi; su muger en el segundo, y si muerto el marido de esta, ella se casare con otro, este será afin mio del tercer género. No obsta lo que Papiniano res-

(b) V. las reglas puestas despues de la L. 4 tit. 6. P. 4.

ponde en la ley 15 *h. t.*, que no conviene que la que en otro tiempo fué muger del hijastro se una en matrimonio con el padrastro; pues esta prohibicion no se funda en la afinidad, sino en que el decoro y pudor natural no permiten que me una en matrimonio con la muger de aquel que en algun tiempo estuvo en lugar de hijo mio, á causa de su madre con quien estuve casado. Una prohibicion semejante se encuentra tambien en la *l.* 14. *pr. eod.* La afinidad nace del varon y de la muger, quienes convirtiéndose por medio del matrimonio en una misma persona es necesario que con este vínculo quede unido cada uno de ellos con los respectivos cognados del otro, y que el mismo grado en que uno es cognado del marido se haga afin y cuasi cognado de la muger; y por el contrario en el grado en que uno es cognado de la muger en el mismo se hará afin y cuasi consanguíneo del marido. (a) Asi por ejemplo; en la línea recta de mi muger dista un grado de su padre y dos de su abuelo; yo tambien pues, distaré un grado de mi suegro y dos del padre de este, y lo mismo debemos decir de los demas, ya sean ascendientes ya descendientes. En la línea transversal el marido dista dos grados de su hermano; otros tantos, pues, distará la muger del hermano de su marido; lo que debe decirse tambien de todos los demás cuñados. Así tambien, mi muger dista de su tio paterno ó materno tres grados: en el mismo estaré yo con respecto al hermano ó hermana de mi suegro, y así sucesivamente. (b) Veamos ya en qué grados de afinidad estan prohibidas las nupcias, y si lo estan en los mismos que la cognacion.

4. En la línea recta se extiende por derecho civil la prohibicion tanto en la afinidad como en la cognacion; y asi ni el suegro puede casarse con la nuera, ni el yerno con la suegra, ni el padrastro con la hijastra, ni el hijastro con la madrastra, *l.* 14. §. *ult. ff. h. t. l. nemini* 17. *C. eod.* Lo que enseña tambien Justiniano en este párrafo y en el siguiente, dando por razon de esta prohibicion el hallarse estas personas en lugar de padres é hijos, de donde se deduce que tampoco será lícito el matrimonio entre el abuelo y la muger del nieto, ni entre el abuelastro y la muger del hijastro, y así sucesivamente, *d. l.* 14. §. *ult.* Levit. 18. *vers.* 8. 15 y 17. (c)

5. Que esta prohibicion es perpétua y moral lo prueba lo que dice el apóstol, 1. *ad Cor.* 5. En donde exclama que semejante estupro de casarse con la muger de su padre es inaudito entre las naciones. Y M. Tulio *in orat. pro Cluent. c.* 6., habiendo referido el casamiento de un yerno con su suegra añade; *O mulieris scelus incredibile, et præter hanc unam, in omni vita inauditum!* Convienen en esto con nosotros la mayor parte de los canonistas, Covarr. *de matrim. p.* 2. *cap.* 6. §. 10. *num.* 19. En la línea transversal igual ningun hermano puede casarse con la muger de su hermano difunto; ni por el contrario la hermana con el marido de su hermana difunta, ni el marido con la hermana de su muger, ó esta con el hermano de su marido; por cuanto por la afinidad se han hecho hermanos, *l.* 5. *l. pen. y ult. Cod. de inc. nupt. d. cap.* Levit. 18. *vers.* 16, en cuyo lugar, prohibiéndose las nupcias del hermano con la muger de su hermano difunto deben considerarse prohibidas tambien las nupcias de la hermana con el marido de su hermana difunta por la razon que da Moises, *porque*, dice, *debe mirarse por el decoro de su hermano;* lo que no quiere decir otra cosa sino que siendo muger de tu hermano por afinidad eres tu, hermano suyo y ella, hermana tuya, y así el natural decoro no permite que estas personas se unan en matrimonio. En la línea transversal desigual de afinidad prohibe Dios expresamente en Moises *d. cap. vers.* 14. la union entre el hijo del hermano y la muger del difunto tio; de lo que se deduce, primero; que tampoco será permitido el matrimonio entre el hijo de la hermana y la muger del difunto tio materno; segundo, que lo mismo sucederá entre el tio paterno ó materno y la muger del hijo de su hermano ó hermana; tercero, que tambien es ilícita la union de las tias materna ó paterna con el marido de la hija de su hermano ó hermana. Mas si del mismo modo y por una consecuencia de esto, deben entenderse ó no prohibidas las nupcias del marido con la tia paterna ó materna de su muger, ó con la hija de los hermanos de esta, ó sea su cuñada, hay algunos que lo dudan á causa de que esta union no parece apartarse tanto del decoro y pudor como las otras anteriores. Pues, dicen, es mas indecoroso que se una mi tio paterno con la que en otro tiempo fué muger mia, y dos consanguíneos de este modo se casen con una misma muger, que no el que aquel que estuvo casada con una tia paterna mia contraiga matrimonio con mi hermana, y asi sucesivamente se case con dos consanguíneos. Y si alguno piensa que se opone al órden de la naturaleza el que uno se case y sujete á su

(a) L. 5. tit. 6. P. 4
(b) Véanse dichas reglas.
(c) L. 5. tit. 6. P. 4

imperio marital á la tia paterna ó materna de su muger, por cuanto esta le está en lugar de padre, esta razon dicen que cesa en la hija del cuñado. Con todo, si miramos en general la causa que movió á prohibir las nupcias en los referidos grados de afinidad; á saber, porque el marido y la muger que se unen en matrimonio no se considera que forman dos personas sino una sola, deberémos tambien decir en general que en la afinidad estan prohibidos los mismos grados que en la cognacion, y que la proposicion aquella de Levitico 18. 6. *Ad proximam sanguinis sin nemo accedad*, tambien pertenece á los afines que estan en lugar de consanguineos, y se extiende tanto como la prohibicion entre los unidos por vínculo de sangre. Basilio en su epístola á Diodoro.

A la verdad del mismo modo que no todos pecan tan gravemente ni se han de castigar con igualdad todos aquellos que se casan con cognados en grado prohibido; sino que merecen un castigo mas leve los que toman una esposa de la línea transversal y mas grave los que la toman de la línea recta; así tambien es mayor delito casarse en la línea recta de afinidad que no en la transversal.

Estas prohibiciones relativas á los afines de la linea transversal son tambien morales y de derecho perpétuo; pues Dios no habria castigado á las naciones por hechos singulares verificados en contra de singulares entredichos, sino hubiesen pecado al mismo tiempo contra el derecho natural. Adviértanse las partículas universales con las que el legislador designa las cosas particulares cuando manifestó las naciones castigadas por ellas Tal vez, empero, se diga: si la ley que prohibe sasarse con la cuñada, *Levit.* 18. 6. tiene una causa perpétua y natural de prohibicion, ¿porqué razon en ciertos casos se manda tomar por esposa á esta misma cuñada, *Deut.* 25. 5, siendo así que el derecho natural es inmutable? A esto responden los mas doctos teólogos que el derecho natural es de dos maneras; uno tal que absolutamente en si y en su esencia todo lo en el contenido es bueno y justo, y por consiguiente inmutable, otro que contiene la equidad y justicia impresa en la naturaleza de las cosas por sola la voluntad de Dios, para que fuese aprobado por la criatura con la luz de la naturaleza; y á mas que dependiendo este derecho de la voluntad del legislador por esta razon puede segun ella en algunos casos mudarse por algunas causas peculiares. Así, aunque el derecho natural prohiba el quitar a ninguno lo suyo, con todo Dios dispensó este derecho, *Exod.* 12. 35. 36. al mandar á los Israelitas que quitasen lo suyo á los Egipcios; y quizá del mismo modo Dios permitió á los Santos en otro tiempo ciertos matrimonios por el corto número de la santa familia. La misma razon hubo para la ley que mandaba en ciertos casos casarse con la cuñada, y fomentar de este modo la sucesion del hermano muerto sin ella, para que la familia se conservase en nombre del primogénito, dándose á entender de este modo que la hija primogénita de Jesucristo nunca ha de morir. Agust. *q.* 61. *in Levit.* Así es que los intérpretes del derecho pontificio afirman que semejante impedimento no obliga del mismo modo en la ley Evangélica que en la Mosáica, y por esto advierte Sanchez *de matr. lib.* 8. *disp.* 6. *num.* 11. *y sig. y lib.* 7. *disput.* 52. *num.* 6. *y sig.*, que hoy dia por derecho divino no hay prohibicion entre ningun grado de consanguinidad ni afinidad, á no ser en aquellos que ya estan prohibidos por derecho natural primario, y por consiguiente que el Pontífice puede dispensar en todos aquellos.

6. Entre los antiguos Romanos para decirlo de paso, no parece que hubiese habido prohibicion ninguna en la línea transversal de afinidad, lo que puede manifestarse por el ejemplo que nos traen M. Tulio *lib.* 1. *de divin. cap.* 46. y Valer. Máximo *lib.* 1. *cap.* 5. *sobre Metelo*, quien, muerta su esposa Cecilia, se casó con la hija de una hermana de esta; lo que ninguno de los dos autores refiere como una cosa nueva. Aunque algunos dudan si esto tuvo lugar en general en esta línea; por ejemplo, si el hermano hubiese querido casarse con su cuñada viuda, ó el tio paterno ó materno con la muger de su sobrino, ó por el contrario el sobrino paterno ó materno con la muger de su tio; de todos modos yo creo que entre los Romanos los derechos de afinidad se consideraron extinguidos por la muerte de uno de los cónyuges; con tal que no hubiese hijos de aquel matrimonio; pues en Plutarco leemos que Marco Craso por sobrenombre llamado el rico, se casó con la viuda de su difunto hermano, sin que dicho autor haga mencion de este hecho como nuevo ó contra la costumbre. De modo que quisieron que se disolviese la afinidad con las nupcias, salva siempre, con todo, la reverencia nacida de la misma entre aquellas personas que habian estado entre si en lugar de padres é hijos, *arg. hujus et seq.* §.; y asi es que puede decirse que fué casi la misma naturaleza de la afinidad que la de la adopcion; la cual despues de disuelta no impedia las nupcias sino por la sola reverencia entre aquellos que es-

tr ... en lugar de padres ó hijos. Ni tengo duda ninguna en que despues de disuelta la adopcion el tio paterno pudiese casarse con la hija adoptiva del hermano, ó con la tia adoptiva del mismo; pues que eran válidas las nupcias hasta con la hermana adoptiva, una vez disuelta la adopcion. §. 2. *sup*. Pero á la verdad hay grande diferencia entre la union nacida de la adopcion, y la que trae su origen de la afinidad; pues la adopcion es una mera ficcion del derecho civil, al paso que la afinidad tiene tambien una causa natural, que naciendo de la union de los cuerpos subsiste aun despues de disueltas las nupcias, á lo que se refiere aquello del Pontífice en el *c*. 1. *cau*. 55. *q*. 10. *Muerto el uno se borra en el otro que sobrevive la afinidad*. VINN. Lo que Vinnio conjetura de que el vínculo de afinidad se extingue por la muerte de uno de los cónyuges es muy cierto, y lo confirman no solo los ejemplos de Vinnio y de Bern. Henr. Reinoldo Var. *cap*. 24. *p*. 196. *sig*., si que tambien el edicto de Constantino, Constancio y Juliano, *l*. 2. *C. Th. de incest. nup*. por el que se mudó esto por primera vez; en cuyo lugar puede verse a Gothofr. *tom*. 1. *pag*. 296. HEINN.

Quia utrœque filiœ loco). Segun una regla del derecho civil aquellos que están en lugar de padres ó hijos no pueden unirse en matrimonio, *l*. 53. *h. t*. cuya regla no solo tiene lugar em la cognacion sino tambien en la afinidad *l*. 14. §. *ult. eod*.; y aunque por derecho civil, segun mas arriba dijimos, parezca que tan solo se observó esto en la linea recta de afinidad por cierto respecto de reverencia y decoro el que no existe en los afines de la línea transversal, con todo hay otras causas en que se funda esta prohibicion sobre las que hablamos mas arriba.

Si fuit nurus sua). Luego aun despues de disuelta la afinidad tiene lugar esta prohibicion, lo que se manifiesta claramente en el sig. al decir; *dissoluta domum affinitate*. Cuyo pasage favorece nuestra conjetura de que la muerte de uno de los cónyuges disolvia la afinidad; aunque á pesar de esto, y en consideracion á la veneracion y pudor natural estaban prohibidas las nupcias entre aquellas personas, que por afinidad; habian estado en lugar de padres ó hijos; y asi es que la afinidad anteriormente contraida fué causa de esta prohibicion.

Eadem duobus nupta). El matrimonio de una muger con muchos maridos pugna diametralmente con la recta razon; pues omitiendo otras muchas razones por no ofender la honestidad, se opone á la procreacion de los hijos, que es el principal fin del matrimonio; ni leemos que en ninguna nacion fuese licito el que una sola muger se case con dos ó mas hombres. Tertul. *advers. Marc*. dice que, *subsistiendo el matrimonio es adulterio el casarse*.

7. *Duas uxores eodem tempore*). Hay muchos que creen no pugna con la razon natural el casamiento de dos ó mas mugeres con un solo hombre; por cuanto leemos haber esto sido lícito entre muchas naciones, y hasta que el mismo Dios permitió esta especie de poligamia á su pueblo; pero no falta que responder en contrario. Véase lo que dijimos en el §. 1. *de patr. pot*. Sea de ello lo que fuere, consta por lo que dice Jesucristo en *Matth*. 5. 32. *et* 19. 9. *Marc*. 10. 4. *Luc*. 16. 18., y lo que escribió San Pablo, 1. *Cor*. 7. que la poligamia no debe tolerarse en una nacion cristiana; y no hay duda que muchas naciones lo reprobaron tambien; pues no solo fueron los romanos los que establecieron que nadie pudiese tener al mismo tiempo dos mugeres, sino tambien los griegos ya en tiempo de Cecrops Rey de los atenienses: véase á Pet. Fabr. 2. *semestr*. 1. Segun Tácito, *de morib. Ferman. cap*. 18. tambien los Germanos se contentaron con una sola muger, y por lo que dice Dionys. Halic. *lib*. 2. muchas otras naciones hubo que siguieron la monogamia.

TEXTO.

De socru et noverca.

.. Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem duccere: quia matris loco sunt. Quod et ipsum dissoluta demum affinitate procedit: alioquin si adhuc noverca est, id est, si adhuc patre tuo nupta est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est; ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.

TRADUCCION.

De la suegra y de la madrastra.

Tambien está prohibido el casarse con la suegra y con la madrastra, porque estan en lugar de madre; lo que tambien sucede despues de disuelta la afinidad (a); pues que si aun fuere madrastra, esto es, si aun estuviere casada con tu padre, el derecho comun impide que se case contigo, porque una misma muger no puede á la vez estar casada con dos. Lo mismo diremos, si aun fuere suegra, esto es, si aun su hija está casada contigo; por la misma razon no podrá contraer con ella matrimonio, porque no puede tener dos mugeres.

(a) L. 5. C. ... [illegible]

NOTAS.

7. *Duas uxores*). La pena del bígamo es la capital, segun Teófilo, 60. Basil. *cap. pen.* y con razon; pues segun dice Tertul. *adv. Marc. el casarse durante el matrimonio es adulterio; l.* 18. *C. ad. leg. Jul. de adult.*

COMENTARIO.

La razon de este párrafo es enteramente igual á la del anterior, de modo que no se requiere nueva esplicacion.

TEXTO

De comprivignis.

8. Mariti tamen filius ex alia uxore, et uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recté contrahunt: licét habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.

TRADUCCION.

De los cohijastros.

El hijo del marido, habido de otra muger y la hija de la muger, habida de otro marido, ó por el contrario, pueden lícitamente unirse en matrimonio, aunque tengan un hermano ó hermana nacido del matrimonio despues contraido. (a)

NOTAS.

8. *Mariti filius ex alia uxore*). Teniendo Ticio un hijo de su muger difunta se casa con Sempronia, que tenia una hija de un anterior matrimonio: pregúntase ¿son válidas las nupcias entre el hijo de Ticio y la hija de Sempronia? no hay duda ninguna que lo son; pues no existe afinidad entre los cohijastros, por cuanto aquella no se extiende mas allá de las personas unidas por el matrimonio. Wesemb.

Recte contrahunt). *L.* 34. §. *pen. D. h. t. l.* 134. *pr. de verb. oblig.* Ni por el *Levit.* 18. *vers.* 11. se prohiben las nupcias de los nacidos de diferentes padres, sino tan solo las de los hermanos con sus hermanas nacidas de un mismo padre ó sea consanguineas.

COMENTARIO.

Los cognados de las personas, con la intervencion y union de las cuales se ha contraido la afinidad, pueden unirse en matrimonio; y la razon de ello es clara, pues que ellos no son afines, en atencion á que la afinidad no pasa del marido y muger; esto es, los cognados de esta son afines del marido, y por el contrario los parientes de este son afines de la muger; pero los parientes de entrambos no son afines entre sí; de otro modo la imágen de la cognacion se extenderia mas allá que la cognacion misma, *l.* 34. §. *pen. h. t. l.* 34. *pr. de verb. oblig.* De ahi es, que es lícito el matrimonio entre los cohijastros, como tambien entre padre é hijo con una madre é hija, y entre dos hermanos con dos hermanas. A pesar de esto, creo obrarán bien los que atendiendo mas á lo que es honesto, que no á lo lícito, no perturben el órden de la cognacion, de la cual es una imágen la afinidad; lo que sucederia por ejemplo, si el padre se casase con la hija y el hijo con la madre. Algunos pensaron que las nupcias de los cohijastros se prohibian en el *Levit.* 18. 11. Ant. Matth. *in not. hic* y Cipr. Regn. *in cens. Belg.* Pero esto es un error manifiesto; pues allí no se vedan las nupcias de los cohijastros, sino las de los hermanos consanguíneos; esto es, de los nacidos de un mismo padre y diferente madre, de cuya union nada se habia hablado en el *versículo* 9., en el que se prohiben tambien solo las nupcias de los hermanos germanos y uterinos. Las palabras de Moises son: *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam pederit patri tuo, et est soror tua, non revelavis.* En la traduccion de los sesenta se dice, ὁμοπατρία ἀδελφὴ esto es, hermana consanguínea

Licet habeant fratrem, sororemve). Dicese esto, porque pudiera pensarse que despues del nacimiento de un hermano comun, habido del nuevo matrimonio de los padres, quedan los cohijastros mas estrechamente unidos; mas esto tampoco impide las nupcias segun responde Papiniano en la *l. generali* 34. §. 2. *h. t.*

TEXTO.

De quasi privigna, quasi nuru, et quasi noverca.

9. Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreavit; hæc non est quidam privigna tua: sed Julianus ab hujusmodi nuptiis abstineri debere ait. Nam constat, nec sponsat filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen et jure facturos eos, qui ab ujusmodi nuptiis abstinuerint.

TRADUCCION.

De la cuasi hijastra, cuasi nuera, y cuasi madrastra.

Si la muger tuvo despues del divorcio una hija de otro,

(a) V. la regla. *Item entre los:* despues de la l. 2. tit.

esta no será hijastra tuya, pero con todo Juliano dice que debemos abstenernos de semejantes nupcias, pues aunque es cierto que ni la esposa del hijo es nuera, ni la del padre madrastra, con todo obrarán mejor y mas conforme á derecho los que no contrajeren tales nupcias.

NOTAS.

9. *Uxor tua post divortium*). Está sacado esto de la *l.* 12. §. 1. 2. y 3. *D. h. t.* Apenas puede darse un ejemplo de este caso, y ya antiguamente entre los Romanos dejaron de disolverse los matrimonios amistosamente. Sobre lo que antes se obsèrvaba véase á San Agustin, 1. *ad Valer. de nupt. et concup.* 10. *et de bon. conjug.* 8.

Non est privigna). Sácase la razon de la etimologia de la palabra; pues se llama *privignus*, aquel que ha sido engendrado antes que la madre se casase con el segundo marido. Fest. Los Griegos le llaman πρόγονοσ, esto es, antes de las nupcias.

Abstineri debere). Y esto á causa del decoro, al que se atiende siempre en el matrimonio, *l.* 42. *D. h. t. En las nupcias no tanto debemos atender á lo que es permitido, como á lo que es honesto*, segun dicen los intérpretes canónicos. Lo que no prohibe la ley, prohíbelo el pudor. Fabrot.

Nec sponsam filii nurum). Propiamente hablando la esposa no es muger, *l.* 12. §. 1. y 2. *h. t.* Mas con todo en un sentido impropio bajo el nombre de muger entiéndese la esposa, *l.* 6. *l.* 8. *D. de grad. et affin*; pues esta es una cuasi muger, y el esposo un cuasi marido. Tertul. *de vel. virgin* dice: *la desposada es en cierto modo casada.*

COMENTARIO.

1. *Por los esponsales, propiamente hablando, no se contrae afinidad.*
2. *La afinidad nace tambien de una union ilegítima.*

Mas arriba se ha dicho que la hijastra estaba en lugar de hija tuya; porque su madre estaba casada contigo, y que no podias tomarla por esposa aunque el matrimonio se hubiese disuelto por la muerte de la madre, ó de otro modo lícito: pregúntase ahora, si tu muger despues del divorcio se casare con otro, y tuviere de este matrimonio una hija, puedes tomarla á esta por esposa? La razon de duda que en este caso hay es, que no es hijastra tuya; por cuanto fué engendrada despues que la madre contrajo segundas nupcias, y segun Festo escribe, *privignus* se llama *solo aquel que fué engendrado antes que la muger pasase á segundas nupcias*; ó si se quiere mas bien atender á la escencia de la cosa que no á la etimología de la palabra, porque nunca estuvo unida contigo por afinidad, por cuanto aun no habia nacido cuando estabas casado con su madre. A pesar de todo se determinó que no fuesen lícitas estas nupcias, *l.* 11. §. 5. *h. t.* por la union que tuviese con su madre.

1. *Nam constat, nec sponsam filii*). Propiamente hablando, la afinidad no se contrae por los solos esponsales, sino por las nupcias, pues los esponsales no son otra cosa que la mútua promesa de futuras nupcias, *l.* 1 *de sponsalib.*, cuya promesa es lícito infringir libremente, *l.* 6. *d. tit. l.* 1. *eod.*, y por lo mismo la esposa de mi hijo no es nuera mia, ni madrastra mia la esposa de mi padre, *l.* 12. *h. t.*; ¿porqué, pues, los Jurisconsultos responden que bajo el nombre de afin se comprenden tambien los futuros cónyugues? *l.* 6. *l.* 8. *de grad. et affin. l.* 3. *l.* 4. *de leg. Pomp. de parr. l.* 13. §. 3. *ad leg. Jul. de adulter.* Esto se dice en un sentido menos propio, y solo tiene lugar cuando subsisten aun los esponsales, y hay esperanza de que dentro de poco se contraerá el matrimonio; mas disueltos aquellos, y enteramente desvanecida la esperanza de las nupcias, ya no se entiende haber afinidad ninguna; de lo que se trata en este párrafo y en *d. l.* 12., y solo por decoro se prohiben las nupcias entre las personas citadas. Y á esto se refiere la *l. semper.* 42. *h. t. l. semper.* 197. *de regul. jur.* Así es, que lo que no prohibe la ley prohíbelo el decoro. Argumenta Justiniano valiéndose de la comparacion de una cosa menor; y así es que siendo mucho menor la relacion que me une con la esposa de mi hijo, que con mi cuasi hijastra, pues estuve casado con la madre de esta, de la cual tal vez tuve hijos que son hermanos de aquella; y mi hijo nunca se llegó á su esposa, y quizá ni la vió; en este último caso por solo el decoro se prohibe el matrimonio, al paso que en el primero se mira á la union de los cuerpos, á la que en esta materia se atiende principalmente, y que se indica por Moises decorosamente con la palabra *detectio*.

2. Sobre lo que se duda es, si una union ilegítima produce afinidad; y se dice que sí, pues si de cualquier union aunque ilegítima nace parentesco, porqué se ha de decir que no nace afinidad? Así es, que Paulo prueba la afinidad servil por la cognacion ó parentesco que trae origen del contubernio de los esclavos, *l.* 4. *C. eod l.* 1. §. 5. *de concubin.* Lo que, empero, Modestino dice, *l.* 4. §. *sciendum* 8. *de grad. en affin.*, de que la

afinidad solo nace de las justas nupcias, debe entenderse de la afinidad plena y perfecta, segun se deduce de lo que el mismo dice en dicho lugar, que la cognacion no existe fuera de las nupcias, contra lo que el mismo autor sienta en el §. 2. *de la misma l.* 4. Así lo sienten tambien los intérpretes del derecho canónico al hacer nacer de los esponsales válidos de futuro y de la union ilegítima un impedimento dirimente, que llaman de pública honestidad.

TEXTO.

De servili cognatione.

10. Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint.

TRADUCCION.

De la cognacion servil.

Es cierto que las cognaciones serviles impiden las nupcias si acaso el padre y la hija, ó el hermano y la hermana fueren manumitidos.

NOTAS.

10. *Serviles cognationes*). Está copiado este párrafo de la *l.* 14. §. 1. *D. h. t.* Otro tanto se observa en la afinidad servil, *d. l.* 14. §. 2.; pues en las nupcias solo se atiende al derecho natural y al decoro: de otro modo con dificultad podia decirse que existiese cognacion ninguna servil, *l.* 1. §. 1. *D. unde cogn.*

Manumissi). Dice manumitidos; pues entre los siervos no puede haber matrimonio; con todo entre semejantes personas tampoco estan permitidos los contubernios serviles. Wesem.

COMENTARIO.

Si de cualquier union ilegítima nace parentesco que impide las nupcias, *l. nuptiis* 57. *y sig. h. t.* es consiguiente que tambien nacerá de la union de los siervos, *l.* 11. §. 2. *eod.*; pues en la celebracion del matrimonio se tiene siempre en consideracion el derecho natural y el decoro, y por la naturaleza todos los hombres son iguales, y asi lo que está establecido acerca de las cognaciones serviles debe entenderse que tambien lo está acerca las afinidades, *d. l.* 14. §. 3.

Manumissi fuerint). Esto no se ha de entender en el sentido de que antes de la manumision sea licito al padre unirse en contubernio con la hija, ni el hermano con la hermana; sino que se ha añadido esto, porque aquí se trata de las nupcias, las que es sabido que segun el derecho no pueden contraerse entre los esclavos. Así es, que no considerándose los esclavos por la vileza de su estado dignos de que la ley les observase, por esta razon las leyes que imponen alguna pena al incesto ó adulterio no se cree pertenezcan á los esclavos; de modo que estos no deben ser castigados con la misma severidad por el incesto cometido ó por la violacion del contubernio que los ciudadanos Romanos sujetos al yugo de la ley, *l.* 6. *ad. leg. Jul. de adult. l. servi* 23. *l. quæ adulterium*. 29. *C. eod.* y esto es lo que Paulo escribe en la *l.* 10. §. 5. *de grad.*, de que las cognaciones serviles no pertenecen á las leyes. Por derecho Pontificio hay matrimonio entre los esclavos, *cap.* 1. *X. de conjud. serv.*

«Como segun ya mas arriba dijimos, en «España reconocemos matrimonio entre los «siervos, se sigue de ahí, que los impedi- «mentos de parentesco surtirán entre ellos «los mismos efectos antes, que despues de «manumitidos.»

TEXTO.

De reliquis prohibitionibus.

11. Sunt et aliæ personæ, quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex jure veteri collectarum enumerari permissimus.

TRADUCCION.

De las demas prohibiciones.

Hay tambien otras personas que no pueden contraer matrimonio (a) por diversas razones, que permitimos enumerar en las leyes del Digesto ó de las Pandectas recopiladas del derecho antiguo.

COMENTARIO.

Sunt et aliæ personæ.) Tales son el tutor y curador y sus hijos, quienes no pueden casarse con la pupila ó adulta, para que de este modo no se eximan de dar cuentas, *l. tutor.* 36. *y sig. l. senatus consulto* 59. *y sig. h. t. l.* 1. y á cada paso, *C. de interd. matr. inter. pup. et tut.* (b) Tambien sucede lo mismo con el presidente de la provincia, ó el que desempeña algun cargo de la misma, quienes no pueden tomar por esposa á una muger natural de ella, *l. si quis* 38. *&.*

(a) L. 10 y sig. tit. 2. P. 4.
(b) L. 6. tit. 17. P. 7.



qui in provincia 57. *h. t. l. un. C. si qua præd. pot.* (a) Por la ley Julia se prohibe al Senador casarse con la liberta ó con una comedianta ó con aquella cuyos padres lo hubiesen sido, *l. lege Julia* 44. *h. t.* Lo que no observándose hoy dia, no debemos indagar con mucho cuidado.

«En España respecto de las personas entre quienes está prohibido contraer matrimonio, seguimos el derecho canónico, igualmente que sobre otros varios puntos concernientes á su valor. Así que, ademas de la prohibicion hasta lo infinito en la línea recta, la reconocemos tambien hasta el cuarto grado inclusive de la computacion canónica en la transversal ó lateral, tanto en afinidad como en consanguinidad; con tal que aquella nazca de matrimonio, por que si proviene de ilícito ayuntamiento no pasa la prohibicion del segundo grado. El matrimonio rato, y los esponsales válidos producen impedimento entre uno de los contrayentes, y los cognados del otro; cuyo impedimento se llama de pública honestidad y llega al cuarto grado en el matrimonio, y al primero en los esponsales. Por último el parentesco espiritual procedente del bautismo, solo se extiende al bautizado, á su padre y á su madre por una parte, y al padrino y bautizante por la otra, lo cual se aplica tambien á la confirmacion. V. *el Conc. Trid. sess.* 24. *cap.* 2. *y sigu. de reform. matr.* La misma doctrina seguimos en Cataluña.»

TEXTO.

De pœnis injustarum nuptiarum.

12. Si adversus ea quæ diximus, aliqui coierint; nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinent) quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur: quum et iis pater incertus sit inde solent *Spurii* appellari παρὰ τὴν σποράν et ἀπάτορες, quasi sine patre filii. Sequitur ergo, ut dissoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt et alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.

TRADUCCION.

De la pena de las nupcias injustas.

Si alguno contrajere matrimonio contra las prohibiciones que hemos puesto mas arriba, no se entenderá que hay marido ni muger, ni nupcias, ni matrimonio ni tampoco dote; y así los que nazcan de semejante union no estarán en la potestad del padre, sino que serán en cuanto á la patria potestad de la misma condicion que los hijos naturales (b), quienes se supone que no tienen padre, pues es incierto; y de aqui acostumbran á llamarse espúreos de la palabra griega σπορὰ que quiere decir semilla, y ἀπάτορες, esto es hijos sin padres (c). Siguese de aquí que disuelta esta union no tiene lugar la exaccion del dote, ni de la donacion; y los que contraen nupcias prohibidas están sugetos á otras penas contenidas en las constituciones Imperiales

(a) L. 2. tit. 14. P. 4.

NOTAS

12. *Nec vir, nec uxor*). Estas palabras son ἔννομα ὀνόματα, es decir, legitimas con que se apellida matrimonio legitimo. La pena comun de todas las nupcias injustas es su nulidad, de la misma manera que la de todas las demas cosas que se hacen contra ley, *l.* 3. *C. de legib.* VINN. Merill. *observ. lib.* 5. *cap.* 11. y Jac. Gothorf. *ad leg. Pap. Popp. cap.* 4. ya observaron que esta pena fué prescrita en la ley Papia Popea. Esta ley, empero, aunque declaraba injustas las nupcias contraidas contra las leyes no las rescindia, y así á pesar de que no se consideraban los casados marido ni muger, con todo no se separaban; y aunque no habia dote con todo no caducaba, sino despues de la muerte de la muger. Ulpian. *Framg. tit.* 16. §. *ult.* Por la oracion de Marco fué por la que se estableció por primera vez que entre semejantes personas no pudiese haber nupcias, *l.* 16 *pr. ff. de R. N. l.* 5. §. 1. *de donat. int. vir. et ux. l.* 42. §. 11. *ff. de R. N.* Y desde aquel tiempo no podia retenerse semejante muger. HEIN.

Nec dos). El matrimonio puede subsistir sin la dote, pero esta no puede existir sin el matrimonio, *l.* 3. *D. de jur dot.* (d)

Quantum ad patriam potestatem). Compáranse aqui los hijos nacidos de ilegítimo matrimonio con los habidos del vulgo, por lo que hace á la patria potestad; siendo igual en esto la condicion de los hijos espúreos, y la de los nacidos de ilegitimo matrimonio, pues así como es incierto el padre de los primeros, así tambien los segundos se cree que no lo tienen, pues aunque puedan demostrar cual sea este, con todo es tal que no es lícito tenerle, *l.* 23. *D. de stat hom.*

Cum et iis). Cujacio lee, *Cum et is pater incertus sit.*

Quasi sine patre). No porque no tengan padre, ανέυ δὲ πατρός τέκνον οὐ κειη ποι' ἄν,

(b) L. 1 y 2. tit. 17. P. 4.
(c) Princ. y l. 1. tit. 15. P. 4.
(d) Arg. pr. tit. 11. P. 4. y L. 1. tit. 17. d. P. 4.

egun dice Euripides sino porque los habidos del vulgo no le tienen cierto. La palabra *Spurius* entre los Romanos era un nombre propio como los de *Sexto, Decio* etc., y las mismas letras empleaban para designar el nombre propio que para los naturales, sin otra diferencia que aquel lo escribian de este modo SP y cuando trataban de designar á estos últimos interponian un punto entre las dos letras de este modo S. P. De aqui vino el que por un juego de letras los habidos del vulgo se llamasen espúreos segun Plutarco *quæst. Rom. cap.* 41. VINN. No sé si debo referir aquí la elegante Inscripcion que se encuentra en Grut. *p.* 434. en donde C. MAMERCIUS IANUARIUS se llama SP. F. Estas letras no pueden leerse, SPURIUS FILIUS, segun le ha parecido á Scalígero en su índice; porque segun se manifiesta por la misma inscripcion dicho C. Mamermio no era habido del vulgo, sino hijo natural de P. Paccio Januario. Los nacidos de concubina no se llamaban espúreos; ni los padres hubiieran dado semejante nombre á un hijo constituido en dignidad que era *Edil*, *Pretor*, *Duumviro y Cuestor* por segunda vez. Ni tampoco pueden leerse *Spurii filius*, pues el padre natural se llamaba Publio y no Spurio. Dedúcese pues que insiguiendo la antigua costumbre notada por Plutarco se llama S. P. Fil. esto es, hijo sin padre. HEIN.

COMENTARIO.

1. *Todos los hijos nacidos fuera de matrimonio se reputan por habidos del vulgo y espúreos, en cuanto á la patria potestad.*
2. *La dote ó donación dada en contemplacion de un matrimonio ilegítimo caduca.*
3. *Son varias las penas de las nupcias prohibidas, segun la cualidad del negocio y variedad de las circunstancias*

Quantum ad patriam potestatem.) Compárense aquí, en cuanto á la patria potestad, (que es la única causa de tratarse aquí de las nupcias) los nacidos de matrimonio ilegítimo con los que la madre tuvo del vulgo, y segun este derecho ninguno de ellos se reputa que para este efecto tenga padre, porque con respecto á las nupcias que son de derecho civil, ninguna persona se considera hijo, sino la que ha nacido de la muger y marido legítimos, *l.* 6. *de his qui sui vel alien. jur.* (a)

1. *Quum et iis pater incertus sit.*) Con estas palabras se manifiesta claramente que no solo los habidos del vulgo tienen padre incierto, si que tambien aquellos que han nacido de unas nupcias injustas. En cuanto á los primeros no hay duda que les es imposible manifestar cual sea su padre (a); por lo que habiendo Diógenes visto al hijo de una prostituta, que tiraba una piedra á un grupo de hombres le dijo: *ten cuidado que no hieras á tu padre*. Mas en cuanto á los nacidos de aquella que tan solo tuvo trato ilícito con uno, no parece pueda decirse que no tengan padre cierto (b), aunque por lo que hace á la patria potestad, (como lo expresa ya aquí Justiniano) no solo se reputan no tener padre los habidos del vulgo; si que tambien todos aquellos que han nacido fuera de matrimonio se dicen nacidos de padre incierto, reputándose por espúreos y habidos del vulgo, aunque puedan manifestar cual sea su padre, *l. vulgo* 23. *de stat. homin. l.* 3. *Cod. solut. matrimonio.* (c)

Παρά λὴν σποράν) En Theoph. se lee σποράδην; esto es, *esparcida, vulgar y promiscuamente* concebido, lo que en union de Wesemb. y Hotom. me parece mejor. Otra etimología sobre esta palabra trae Plutarco *in quæst. Rom.* 41.; pues dice que este nombre trajo su origen de que los Romanos designaban y escribian con las mismas letras el nombre propio *Spurius*, y los hijos habidos del vulgo sin otra diferencia que el escribir aquel así SP., y este de este modo S. P., separando con un punto las dos letras, como que dijésemos *sin padre*. Por esta razon Hotom. y Wesemb. subtituyeron *quasi S. P. i. e. sine patre filii*; á la manera que parece haberlo leido Teófilo en lugar de lo que vulgarmente se lee, ἀπάτορες, *quasi sine patre filii*.

2. *Nec dotis, nec donationis.*) Lo que se ha dado por dote ó donacion *propter nuptias* en contemplacion de un matrimonio injusto caduca, esto es, se vindica por el fisco, *lib.* 4. *auth incestas, Cod. de inc. nupt. l. necesse* 52. *l. dote* 61. *h. t. l. cum hic status* 32. §. *ult. de donat. inter vir. et uxor.* (d); á no ser que alguno por un error inculpable, no afectado, ni tampoco por una causa leve, ó por la fragilidad de la edad hubiese contravenido á la ley, *d. l.* 4. *C. deinc. nupt.* (e). En las mugeres excusa el error de derecho; pero tan solo del derecho positivo, y á esto referimos la *l.* 1. *Cod. de cond. ob. caus. dat. l.* 7. *C. de donat. inter virum et uxor. l.* 2. §. 2. *de his quibus ut inding.*

3. *Et alias pœnas.*) En una grande varie-

(a) Princ. y l. 1. tit. 15. P. 4.

(a) L. 1. tit. 15. P. 4.
(b) L. 5. tit. 19. P. 4.
(c) Princ. y l. 1. tit. 17. P. 4.
(d) L. 14. tit. 11. P. 4.
(e) Id.



dad de delitos debe tambien constituirse suma variedad en las penas; pues hay mucha diferencia entre que se hayan contraido unas nupcias prohibidas por derecho de gentes, ó tan solo por derecho civil; entre si se supo esta prohibicion, ó se ignoró; si se erró en el hecho, ó si era menor de edad; véase la *l. ult. h. t. l. 4. l. 6. con la auth siq. C. de inc. nup. Nov. 12. l. unic. C. si quac. præd. pot.*, la que impone penas pecuniarias; y la ley penúltima del código *de interd. matrim.* castiga con la infamia el estupro, *l. 18 C. de adult. si adulterium* 38. *pr.* §. 1. *y sig. eod.*

« Segun el Concilio Trid. *ses.* 24. *de re-* « *form. matr.* son nulos los matrimonios « clandestinos, esto es, los que se contraen sin « la asistencia del propio párroco, ú otro « sacerdote con su lisencia ó la del ordina- « rio y dos ó tres testigos. Además todos los « bienes de los que faltando á esta regla con- « traen matrimonios clandestinos, y los de « aquellos que intervienen en él se confiscan « y á todos se impone la pena de destierro « de estos reinos, y es causa de deshereda- « cion segun la *L.* 5. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov.* « *Rec.* vigente en Cataluña: véase *la Const.* 3.ª « *tit.* 1. *lib.* 5. *vol.* 1. *const. de Cataluña.* « Debe advertirse con todo, que la pena de « confiscacion no se impone hoy dia por ha- « llarse proscrita de nuestra legislacion segun « el art. 10 de la Constitucion actual. »

TEXTO.

De legitimatione.

13. Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea redigantur in potestatem patris: qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur: nec non is, qui á muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur. Quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

TRADUCCION.

De la legitimacion.

Algunas veces sucede que los hijos que no están en la potestad de su padre desde el momento que nacen, se reducen despues á ella, como sucede con el que siendo natural ha sido inscrito en la curia, el que queda sujeto á la potestad del padre (a), *y tambien con el que ha sido habido de una mujer libre, con quien no estaba prohibido de ningun modo el matrimonio por las leyes* (b); *pero con la cual habia el padre tenido trato; pues que por nuestra constitucion, interviniendo los instrumentos totales, queda sujeto á la patria potestad, lo que establece nuestra Constitucion á semejanza de los otros hijos que hubieren nacido del mismo matrimonio*

NOTAS.

13. *Qui aum naturalis.*) Esto es, el habido de una concubina, no de estupro, de una prostituta, ó de una union vedada por las leyes, *l.* 44. *C. de Episc. et Cler. Nov.* 74. *cap.* 6. Balsam. *ad Sinod. Laodic.* en lo que yerra Teófilo, pues la concubina conocida por las leyes no es prostituta.

Postea curiæ datus). Esto es, adicto á la curia, hecho curial, *l.* 9. *C. de nat. lib.* Este modo de legitimar trae su orígen de la constitucion de Teodosio *l.* 5. *C. eod.* y de la de Leon, *l.* 4. *eod.* y de él trata mas latamente Justiniano en la *Nov.* 89. *cap.* 2 y *sig.* A ella dieron márgen las cargas que pesaban sobre los curiales.

A muliere libera). Esto es, una mujer ingénua, *l.* 10. *C. d. t.* Con todo, lo mismo sucede si fuere libertina ó esclava, *Nov.* 18. *c. ult. Nov.* 89. *c.* 8. Cujac.

Dotalibus instrumentis). Lo mismo que instrumentos *nupciales*, segun en *d. l.* 10. y en otras muchas partes. La necesidad de estos instrumentos la prueban todos los lugares en que se habla de esta especie de legitimacion; en las constituciones Griegas se la llama διὰ προϊκώων ποιήσεως, es decir, hecha por medio del dote ó instrumentos dotales.

Quod et aliis liberis, qui postea). Cujacio ee estas últimas palabras, *Quod, si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati* etc., para que tengan el sentido siguiente, *que los hijos habidos antes del matrimonio fueron igualados por Justiniano á los nacidos despues*; de modo que los posteriores no sean preferidos en la herencia del padre, sino que todos se rijan por una misma regla, segun *d. l.* 10. Con todo, me parece mejor leer con Hotomano: *Quod et si alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati, etc.* §. 2. *infr. de hær. quæ ab intest.*; pues acerca de esto se habia suscitado alguna duda á causa de *d. l.* 10., segun consta en la *l.* 11. *del Cod. del m. t.*, en la que se decide esta cuestion. Sea de esto lo que fuere, lo cierto es que los nacidos de justas nupcias no necesitan del beneficio del Príncipe. Posteriormente introdujo Justiniano un tercer modo de legitimar por rescripto del principe, *Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *cap.* 9. *et* 10. VINN. Ni la

(a) L. 5. tit. 15. P. 4.

(b) L. 2. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

conjetura de Cujacio, ni la de Hotom. explican la cosa suficientemente: mucho mejor la interpreta Corn. Van Bynkersh. *Obs.* 2. 11., leyendo: *Quod ut aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit*, y de este modo este §. está enteramente conforme con la ley 10. *Cod. de naturalibus lib.*, á la cual se refiere Justiniano aquí. HEIN.

COMENTARIO.

1. *El objeto de la legitimacion son los hijos naturales; mas no todos los que así se llaman ó pueden llamarse.*
2. *La legitimacion por oblacion á la curia ha caido en desuso.*
3. *Si puede legitimarse al nieto nacido de un hijo natural, por medio del subsiguiente matrimonio del abuelo, despues de la muerte del padre?*
4. *La legitimacion por derecho civil no tiene lugar sino con la intervencion de los instrumentos nupciales, los cuales por derecho canónico no se requieren, y esto último se observa tambien segun las costumbres modernas.*
5. *De la legitimacion por rescripto del Príncipe.*

Pasa aquí el Emperador á otro modo de constituir la patria potestad, el cual se llama legitimacion; por cuanto los hijos nacidos fuera de matrimonio se hacen legítimos por este medio, y se sujetan á la potestad del padre. Tres son las especies de legitimacion; pues ó se hace por oblacion á la curia, ó por subsiguiente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe. (a) Propónense aquí tan solo las dos primeras; pues la tercera fué introducida por las últimas leyes. Hay algunos que añaden una nueva especie, como son Gudel *l. de jur. noviss. cap.* 16. Perez, *ad tit. Cod. de nat. lit. num.* 16. esto es, el nombramiento de hijo en testamento ú otro instrumento hecho por el padre, y firmado por él y tres testigos, *Nov.* 117. *cap.* 2. *auth. si quis, C. de nat. lib.* Pero esto mas bien puede decirse que es una prueba en favor del matrimonio y una presuncion de que los hijos han nacido ya legítimos, no de que han sido hechos tales; que no un propio modo de legitimar.

1. *Qui dum naturali*). Objeto de la legitimacion son los hijos naturales; mas no todos los así llamados ó que así llamarse pueden. Pues en primer lugar no pertenecen aquí los hijos nacidos de legítimo matrimonio, los cuales son naturales, y así acostumbran llamarse cuando se oponen á los adoptivos, *pr. y.* §. *sed si* 7. *tit. seq.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. l. si pater.* 29. *l. non potest.* 34. *de adopt.* Sin embargo las mas de las veces suelen llamarse naturales los que no han nacido de legítimo matrimonio, *tot. tit. C. de nat. lib.* (b) En esto con todo, hay alguna diferencia entre el padre y la madre; pues con respecto á esta todos los hijos son naturales; aun los habidos de nupcias ilícitas é incestuosas, y tambien los habidos de vulgo, que suceden á la madre por el Senadoconsulto Orficiano, §. *pen. infr. de sen Orf.* (c) Con respecto al padre, empero, solo lo son los nacidos de concubina, *arg. hujus.* §. Lo que los doctores exigen de que se tenga la mujer en la casa como á esposa, y negando que en este título sean padres naturales los que han tenido trato con una mujer de fuera de casa, ó con una criada suya, no está admitido por el uso; y actualmente no es de mejor condicion la concubina, que otra cualquiera que se entregue á un hombre, segun Grot. 1. *manuduct.* 12. Por lo que los nacidos de estupro ú otra union reprobada por las leyes no son naturales con respecto al padre, sino semejantes á los que la madre hubo del vulgo, y de los que consta no ser objeto de la legitimacion; pues no pueden demostrar cual sea su padre, §. *prec.* (d) Aunque si atendemos á la verdad de la cosa, todos los nacidos de aquellos, aun los habidos del vulgo son hijos naturales, y se reputan por tales en aquellas cosas en que solo se atiende al derecho natural, como es en la celebracion del matrimonio, *l.* 14. §. 2. *h. t.* De los nacidos del contubernio de los esclavos nada debemos decir, pues ninguna mencion de ellos se hace en esta materia, aunque parece haber sido mejor su condicion que la de los habidos de concubina; pues se les dió el derecho de suceder á la par de los hijos legítimos. Por derecho canónico, segun hemos dicho mas arriba se reconoce matrimonio entre los esclavos. Actualmente como que la servidumbre es desconocida, otro tanto sucede con la union servil. Así pues, el objeto de la legitimacion serán los hijos nacidos de concubina, por cuanto el concubinato es tolerado por las leyes y los nacidos de él tienen padre cierto.

Postea curiæ datus). (e) El primer modo de legitimar es la oblacion á la curia. Esta en los municipios y colonias era lo mismo que en Roma el Senado, y los Decuriones lo propio que los Senadores, tomando semejante nombre á causa de que de aquellos que se llevaban á las colonias se inscribia la décima

(a) L. 1. tit. 13. P. 4. L. 4. y sig. tit. 15 P. 4

(b) L. 1. tit. 13. P. 4 L. 1. tit. 5. lib. de Nov Rec.
(c) L. 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec
(d) L. 1. tit. 13. P. 4
(e) L. 6. tit. 15. P. 4.

parte en el Consejo público, o sea en la Curia segun *Pompon. l. pupilius* 239. §. *decuriones* 5. *ff. de verb. sig.* En las Constituciones de los Emperadores se les llama vulgarmente Curiales. Segun Hotomano la causa impulsiva de esta legitimacion fué la pobreza de los Decuriones y las cargas que pesaban sobre esta clase, aunque honorífica; á las que quedaban sujetos de tal manera que ni ellos, ni sus hijos podian eximirse sino de ciertos modos: véanse las *l.* 3. *l.* 4. 9. *C. de natur. l.* (a) La hija natural dada por el padre como esposa á un curial adquiria el derecho de hija de familia, *d. l.* 3.

2. De este modo de legitimar trata mas latamente Justiniano en la *Nov.* 89. *cap.* 2. *y sig.* Entre nosotros es enteramente desconocido, habiendo quedado desusado segun Mich. Grass. §. *successio quæs.* 19. *num.* 19. Vinn. Vulgarmente interpretan la dacion á la curia, como si los hijos naturales que el padre inscribió en ella despues se hiciesen decuriones; pero hay mucha diferencia entre estos y los curiales: los decuriones obtenian una dignidad; los curiales estaban adictos á la curia, *l.* 55. *C. de decurion.* Por lo mismo servian en ella y no podian enagenar los bienes paternos, *l.* 4. *C. de nat. liberis.*, ni inscribirse en la milicia, *l.* 17. *C. de decur.*, ni dejar su condicion propia, *tot. tit. C. Th. de his qui condit. propr. reliqu. lib.* 12. *tit.* 18., la que recaia tambien sobre los hijos, *l.* 7. *C. Th. de decur. lib.* 12. *tit.* 1.; de modo que hasta aquel que se casaba con la hija de un curial, y no habiendo otros hijos quedaba heredero, estaba por este hecho adicto á la Curia, *l.* 124. *C. Th. eod.* Asi es, que los hijos ilegítimos inscritos en la curia por el padre, no se hacian desde luego Decuriones sino curiales, cuya diferencia no nota bastante bien ni el mismo Jac. Gothofr. *in paratitlis. ad C. Th. tit. de decur.* Hein.

Nec non is qui ex muliere libera). El segundo modo de legitimar es, cuando se casa el padre con la concubina de la cual hubo los hijos naturales. El efecto de las nupcias es tal que los hijos de ellas nacidos son legítimos, y estan en la potestad del padre; pero el que los nacidos antes se hagan legítimos por el subsiguiente matrimonio, es una circunstancia extraña á las nupcias, y que dimana del beneficio de la ley por cuyo solo poder se consideran legítimos; véase acerca de este modo de confirmar el orígen paterno la *l.* 10. *C. de natur. lib. Nov.* 89. *cap.* 8.

Cujus matrimonium minime interdictum). (b) Este es un requisito necesario, por cuanto la concubina ha de convertirse en muger. Basta con todo, que puede ser tal; aunque haya algun impedimiento temporal, por ejemplo, si el presidente tuvo por concubina á una muger provincial, y concluido el gobierno de la provincia la tomare por muger, *l. ult. de conc.*

3. Covarr. *de matrim. p.* 2. *c.* 8. §. 2. *n.* 22. *y sig.* y Tuldeno, *comm. hic. c.* 4. *et ad tit. C. de natur. l. n.* 4. creen que el nieto puede hacerse legítimo por el abuelo por el subsiguiente matrimonio de este, despues de la muerte de su padre; lo que yo no acierto á comprender como puede ser; pues, ó el nieto es natural y no puede hacerse legítimo, ni aun durante la vida del padre, á menos que este tomare por esposa á su concubina, (pues es una cosa inaudita que el hijo natural suceda en lugar de su padre, y se haga legítimo por el subsiguiente matrimonio del abuelo con la concubina de la cual nació el padre como sucederia con el hijo si viviese); ó bien el nieto ha nacido de una mujer legítima, y por lo tanto es legítimo el mismo, siendo desconocida en nuestro derecho la legitimacion de una persona ya legítima para solo el efecto de suceder. Ademas, con la muerte del hijo se quita el medio por el que podia llegar hasta el nieto el efecto del matrimonio contraido por el abuelo; pues es falso lo que presuponen, que la fuerza de la legitimacion es tal que se retrotrae al tiempo del nacimiento; porque si esto fuese asi se seguiria necesariamente que el hijo nacido de concubina debiese ser preferido en el derecho de primogenitura al nacido de una legítima mujer, muerta antes del matrimonio contraido con la concubina; sobre lo que véase á Tiraquel. *de jur. primogen, qu.* 34. Jo. Christin. *diss.* 3. *de matr. quæst.* 23. Tambien se seguiria, que podrian legitimarse los hijos, aun contra su consentimiento contra lo que se dispone en la *Nov.* 89, *cap* 11. No se opone á esto el que uno pueda adoptar á otro por nieto, §. *licet.* 5. *tit. sig.*; pues de cosas diversas no puede sacarse ilacion ninguna, y el matrimonio con una concubina no puede en ningun modo legitimar otros hijos que los de la misma nacidos; y esta es tambien la opinion de muchos; véase á Gail., 2. *obs.* 141. *n.* 9. Vinn. Sigue Vinnio á Bacovio; pero los argumentos de entrambos los desvanece B. Hubero in *Præl ad. ff. lib.* 1. *tit.* 7. §. 10. Hein.

Dotalibus instrumentis). Por instrumentos dotales debemos entender aqui ciertos instrumentos nupciales, aunque nada se haya dispuesto en ellos acerca la dote; de otro modo sucederia (que por este medio no po-

(a) L. 2. d. tit. 15.
(b) L. 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.



drian legitimarse los hijos nacidos de una concubina pobre, que no puede dar dote; lo que seria muy injusto. Y ademas Justiniano en la *l.* 10. *C. de natur. lib.* usa promiscuamente de estas palabras, y en otras partes llama á estos instrumentos muchas veces nupciales solamente, §. 2. *infr. de hæred. quæ ab int. Nov.* 74. *pr.*

4. Lo que se dispone en todos los lugarés en que se trata de esta legitimacion acerca de estos instrumentos, es una prueba muy fuerte de que sin su intervencion no se legitiman los hijos antes nacidos. A la verdad es cierto que el matrimonio se perfecciona por solo el consentimiento; pero aqui no solo se trata de la celebracion de este, y de la fuerza y efecto de este contrato; sino del efecto especial de la legitimacion, que tiene el matrimonio, no por sí, sino por autoridad de la ley, la que con este objeto exige la solemnidad de los instrumentos; no por otra razon sin duda, sino para que perpétua y claramente pueda constar, no solo que la que antes fué concubina, despues por el amor conyugal se ha tomado por mujer; sino tambien si existian ó no hijos, y si han sido legitimados; todo lo que ha de ponerse en el instrumento; pues solo se legitiman aquellos que así lo quieren, *Nov.* 89. *cap.* 11. Malamente pues argumenta Ant. Matth. *Coll. Inst.* 2. *disp.* 1. *Thes.* 23. Por derecho canónico no es necesaria la intervencion de los instrumentos nupciales, *c. tantu* 6. *X. qui fil. sint. legit.*; ni tampoco por la costumbre, Tuld. *comm. hic. c.* 11. Perez, *ad tit. C. de natur. lib. n.* 8. Al decir esto, empero, no excluimos las proclamas públicas de las nupcias futuras que deben hacerse antes de la celebracion del matrimonio en la Iglesia. Tambien el matrimonio contraido en el artículo de la muerte con la concubina legitima los hijos nacidos de ella, Gail. 2. *obs.* 141. *n.* 8.

Quod et aliis liberis). El modo de leer este pasage es vicioso sin duda alguna; pues quien hay que dude que el hijo nacido de legítimo matrimonio es legitimado? por esta razon leo con Hotom. *Quod etsi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint etc.* Pues sobre esto podia dudarse por lo que se dice en la Constitucion de Justiniano, *l.* 10 *Cod. de nat. lib.*, y consta que se dudó segun la *l.* 11. *Cod. eod.*, en la que se decide esta controversia. §. 2. *inf. de hær. que ab intest.* (a).

5. La tercera especie de legitimacion es la que se hace por rescripto del príncipe (b). De este modo se legitiman los hijos naturales á ruego del padre; que no tiene sucesion legítima, y no puede tomar por esposa á la concubina, ya porque ha muerto, ó porque no puede verificarlo honestamente por latorpeza de su vida, *auth. præterea Coc. de nat. lib. Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *c.* 9. *et.* 10. ó á ruego del hijo á quien el padre ha instituido heredero ó ha manifestado en el testamento sus deseos de que se le restituya la ingenuidad ó nobleza. *d. c.* 10. (c) Ciertamente no hay duda en que el Príncipe puede por la plenitud de su potestad legitimar á un hijo natural, aunque el padre tenga otro hijo legítimo, ó pueda contraer matrimonio con la madre; pero no se entenderá que el Príncipe quiere hacer esto, si no lo hubiese expresado claramente en el rescripto, Myns. 1. *obs.* 51 Gail. 2. *obs.* 142. *n.* 8. La legitimacion, una vez concedida, no se rescinde aunque despues tenga el padre sucesion legitima, Tuld. *ubi sup. n.* 5. Concédese por ella al legitimado en los bienes del legitimante el mismo derecho que por el natural se concede á los legítimos. *dec. sup. Cur. Holl.* 10., sin que se haga extensivo á los bienes de los cognados que no consintieron en la legitimacion, ni pertenezca tampoco á los feudos á no haberse esto dispuesto expresamente segun dice Grot. 1. *manud.* 12. Myns. 5. *obs.* 12. Mas latamente sobre esta especie de legitimacion y sobre las cláusulas que acostumbran á ponerse en los rescriptos trata Gudelin. *de jur. noviss. lib.* 1. *cap.* 15. VINN. Lo que Vinnio añade acerca del efecto de la legitimacion con respecto á los feudos no tienen lugar, á no ser que el príncipe que expide el rescripto sea á la vez señor del feudo, y aun entónces no se admiten los legitimados sino á falta de los agnados, á quienes sin injusticia nadie puede quitar un derecho adquirido, 2. *Feud.* 26. Schrad. *Part.* 7. *cap.* 5. *num.* 25.

« En España las tres especies referidas de « legitimacion se hallan establecidas por las « leyes 4. *y sig. tit.* 15. *P.* 4. *L.* 1. *tit.* 15. « *P.* 4. *y l.* 7. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.* Em« pero la legitimacion por oblacion á la curia « ha caido enteramente en desuso; y por lo « tanto solo conocemos la legitimacion por « subsiguiente matrimonio, (en la que no se « requieren los instrumentos dotales segun di« cha *l.* 1. y el derecho canónico, *cap. tanta* « 6. *X. qui filii sint. legitimi*), y por rescripto « del príncipe. Otro modo de legitimar á mas « de los referidos, parece que se establece « en la *l.* 7. *dicho tit.* 15. *P.* 4.; á saber, « cuando uno reconoce á alguno expresamen-

(a) Arg. l. 5. tit. 15. P. 4.
(b) L. 4. tit. 15. P. 4.

(c) L. 6. tit. 15. P. 4.

«te por hijo suyo en un documento escrito «y firmado por él mismo, ó en un instrumento público autorizado con las firmas de «tres testigos; pero como atinadamente advierte Greg. Lopez en la *glos. 7. de d. l.* «no debe considerarse este como un nuevo «modo de legitimar, sino mas bien como un «medio por el cual puede el hijo probar su «legitimidad. Con todo, es preciso reconocer que las palabras son tan claras que no «admiten con mucha facilidad semejante interpretacion, aunque no deja de favorecerla mucho el segundo caso propuesto en «el verso *Otro si.* Los derechos que tienen «los legitimados á la sucesion de sus padres «los veremos mas adelante al tratar de la «sucesion de los cognados, *lib. 3. tit. 5.* La «ley reputa como legítimos para los efectos «civiles á todos los hijos naturales é ilegítimos.

«Añádese á lo dicho que la legitimacion «solo produce sus efectos despues de contraido el matrimonio ú obtenida la gracia «del príncipe. La legitimacion por rescripto «del príncipe es una de las llamadas gracias «al sacar comprendidas en el *art. 1. de la* «*ley de 14 Abril de* 1838, y para su concesion se prescriben los trámites en la Real «órden de 19 del mismo mes y año.»

«Hay algunos autores que quieren sostener que la legitimacion no produce la patria potestad, fundándose para ello en que «en la *l. 4. tit. 17. p. 4.*, en la que se trata «de los modos como dicho poder se constituye no se menciona la legitimacion, como «tambien en la que el *tit.* 15. en donde se «habla de los efectos de esta no se refiere la «patria potestad; y finalmente porque solo «en la legitimacion hecha por oblacion á la «curia se exige el consentimiento de los legitimados, deduciendo de aqui que de las «otras legitimaciones no resulta carga ninguna para estos. Mucho respetamos la opinion «de dichos autores, y reconocemos todo el «peso de sus razones; pero con todo, las leyes 2. *tit. 6. lib. 3. F. R. y tit. 15. P. 4.* «en las que se dice que el hijo legitimado «por subsiguiente matrimonio se hace tan «legítimo por el hecho del casamiento, como si hubiese nacido despues de este, no «nos permiten adherirnos á ella. En efecto, «las palabras de las leyes citadas son terminantes, y malamente podremos decir que «los hijos legitimados por subsecuente matrimonio se hacen tan legítimos como los nacidos despues de verificado este, si negamos «que estén bajo la patria potestad. Ademas, «¿en favor de quién está introducida la legitimacion? Diremos por ventura que solo «lo está en favor de los hijos? Ciertamente «que no; pues la hecha por subsiguiente «matrimonio se concede como una especie «de premio al padre, y la por rescripto del «príncipe muchas veces á peticion del mismo. Por otra parte, segun la *l. 12. de Toro* «los legitimados de este último modo solo suceden á sus ascendientes á falta de descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, (atiéndase que siempre se ponen estas dos últimas especies en «la misma línea y categoría) á no ser que «la gracia se extienda tambien á suceder en «concurrencia de aquellos. Conocemos que «esta es una cuestion dudosa, pero la práctica y la comun opinion están en nuestro «favor.»

TITULO UNDÉCIMO.

De las adopciones.

CON. CON EL DIG. LIB. 1. TIT. 7. Y CON EL COD. LIB. 8. TIT. 48. (a)

1. *Continuacion del resúmen del título. Qué cosa sea la adopcion. y antiguedad de su origen.*

1. Hemos explicado en el título anterior los dos primeros modos de constituirse la patria potestad; á saber, las nupcias y la legitimacion. Sigue ahora la adopcion que es el tercero. La adopcion es *un acto legítimo por el cual tomamos por hijo á uno que nos es extraño, introducido para consuelo de aquellos que no tienen hijos* (b). Entre los griegos se llama con una palabra mas significativa, υἱοθεσία. En esta definicion el género es el

(a) Tit. 7. y 16. P. 4.

(b) L. 1. tit. 16. P. 4

acto legítimo, ó sea accion de la ley, *l.* 3. *l.* 4. *h. t. l.* 1. *C. eod.*, la que, qué cosa sea lo diremos mas abajo en el §. 1. *h. t.* Las otras palabras contienen la diferencia específica por la que este acto se distingue de las demas acciones de la ley, como la emancipacion, manumision y otras semejantes. Las últimas palabras manifiestan el fin para que la adopcion fué introducida, el que tambien Teófilo expresa, é indica Ulp. en la *l.* 15. §. 2. *h. t.*, lo propio que Cic. *orat. pro domo sua.* Tres cosas se tratan comunmente en este título. Primeramente se divide la adopcion en dos especies, que se explican cada una por su definicion; luego se enseña quienes pueden adoptar y ser adoptados; y por último se manifiestan los efectos de entrambas adopciones. El origen de la adopcion es muy antiguo; pues no solo los Romanos acostumbraban á adoptar hijos extraños para consuelo de su orfandad, sino tambien los griegos como se ve en el *Eginético* de Sócrates, y en Plutarco en su *Teseo.* Entre los Hebreos, Asirios y Egipcios estuvo tambien en uso la adopcion segun Josefo, *l. antiq.* 15. Beros. *lib.* 5. *de storat.* Diod. Siculo, 4. *Biblioth.* Moises fué adoptado por la hija de Faraon segun el Exod. *cap.* 2., y tambien la conocieron antiguamente los Francos y los Longobardos segun observa sacándolo de Paulo Diácono y Tritemio, Gregorio Tolosano, *lib.* 10. *Syntagm. cap.* 6.

TEXTO.

Continuatio.

Non solum autem naturales liberi secundum ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus.

TRADUCCION.

Continuacion.

No solo los hijos naturales, segun dijimos, estan en nuestra potestad, sino tambien aquellos que adoptamos. (a)

NOTAS.

Quos adoptamus). *L.* 1. *D. h. t.* Ulp. *tit.* La adopcion es un acto legítimo, *l.* 77. *ff. de regul. juris.*, por el cual tomamos en lugar de hijo á un estraño, introducido para consuelo de los que no tienen sucesion, Teófilo. Entre los griegos con una palabra mas significativa se llama υἱοθεσία. Su origen es muy antiguo: véase á Gregor, 10 *syntagm cap.* 6.

(a) L. 1, tit. 16, P. 4.

COMENTARIO.

No solo por naturaleza, si que tambien por adopcion se hacen los hijos de familia, *l.* 1. *h. tit.* En este lugar por hijos naturales entendemos los nacidos de legítimo matrimonio; pues este es el sentido en que siempre se entienden los hijos naturales, cuando se oponen á los adoptivos, en cuanto son legítimos y de una especie diversa del mismo género, §. *sed si* 7. *infr, eod.* §. *adoptivi* 4. *infr. de exhœr. lib.* §. 2. *infr. de inoffic. test. l. non potest* 31. *h. t. l.* 2. §. *liberi* 6. *ad Senatusc. Tertul.*; pero cuando se oponen los naturales á los legítimos en general, se entiende hablar de los ilegítimos y solo naturales, §. *ult.* del título anterior, *tit. C. de natur. lib.*; lo que debe observarse tambien respecto del padre natural.

TEXTO

Divisio adoptionis.

1. Adoptio autem duobus modis fit; aut Principali rescripto, aut imperio Magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, easve, qui, quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptamus eos, easve, qui, quæve in potestate parentum sunt: sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

TRADUCCION.

Division de la adopcion.

La adopcion se hace de dos modos; ó por rescripto del príncipe, ó por autoridad del Magistrado. Con autoridad del Emperador pueden adoptarse aquellos ó aquellas que son dueños de sí mismos, cuya especie de adopcion se llama arrogacion: con la autoridad del Magistrado se adoptan aquellos ó aquellas que estan en la potestad de su padre, ya estén en el primer grado de los descendientes, como son el hijo, la hija; ya en otro inferior, como son el nieto, la nieta, el biznieto ó biznieta. (b)

NOTAS.

2. *Duobis modis*). Está copiado este lugar de Cajo, *l.* 2. *D. h. t.*

Principali rescripto). La arrogacion durante la República se hacia por autoridad del pueblo en los comicios curiados, Gell. *lib.* 5. *c.* 19.

Imperio Magistratus). Esto es, del Magis-

(b) L. 7, tit. 1, P. 6.

rado que tenga la accion de la ley, *l. 4. eod. l. 1. Cod. eod. leg. 3. D. de officio procons.* Estas especies de la adopcion toman el nombre del género, Boecio *ad Topic. Cic. lib. 2.* dice: *Fil. vero id sæpe, ut species iisdem nominibus nuncupentur, quibus et genera.*

COMENTARIO.

1. *Antiguamente las adopciones se hacian con autoridad del pueblo en los comicios curiados; y por esta razon despues de variado el estado de la república fué necesaria la autoridad del Príncipe para dar validez á este acto.*

2. *Ante quién tiene lugar la adopcion, con qué rito se hacia antiguamente, y con cuál hoy dia?*

Dos son las especies de adopcion, una de las cuales se llama *arrogacion*, y otra que careciendo de nombre propio toma el de *adopcion en especie*; lo que acontece con mucha frecuencia en nuestro derecho, pues siendo mas las cosas que los vocablos, *l. 4. de prescri. verb.* sucede muchas veces que las palabras que tienen una significacion general indican una cierta especie segun la intencion del que habla, especie que está destituida de nombre propio, y á la que ordinariamente se le acostumbra oponer la otra especie del mismo género que tiene un nombre especial, como puede observarse en las palabras cognacion, servidumbre, contrato y muchas otras. La arroganeia es *la adopcion de aquellos que son dueños de sí mismos, hecha con autoridad del Príncipe.* Dos son las circunstancias propias de esta adopcion: primera, que solo se hace con aquellos que son dueños de si mismos; y la otra, que debe intervenir la autoridad del Príncipe (a).

1. Porqué razon, empero, esta autoridad es necesaria en semejante acto? no por otra, sino porque antes correspondia á la autoridad del pueblo; pues por el derecho de los antiguos ninguno que era dueño de sí mismo podia pasar á potestad agena, á no ser que el pueblo lo autorizase. Teníanse para ello comicios curiados, eran los árbitros los Pontífices, y esta la fórmula: *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius. L. Titio tam jure legeque filius fiet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset: utique ei vitæ necisque in eo potestas fiet, uti patri endo filio est?* Gelio, *5. cap. 19.* Gruchio, *3. de comit. Rom. 5.* En seguida se preguntaba al adoptante y al que iba á ser adoptado: á aquel, si queria tener por hijo legítimo al que optaba, y á este, si convenia en esto; de donde segun Cajo *l. 2. h. t.* tomó el nombre de arrogacion. Y sin duda de allí vino tambien el que no pudiesen arrogarse, sino aquellos que habian llegado á la pubertad; pues, los impúberes á los que se daba el nombre de *investes*, no podian á causa de su edad autorizar este acto, ni era tanto el poder de los tutores, que pudiesen sujetar á potestad agena á una cabeza libre encargada á su confianza. Por la misma razon, como que las mujeres no tenian entrada en los comicios tampoco podian ser arrogadas, Cic. *pro dom.* Esto, empero, tuvo tan solo lugar mientras subsistió la república, pues variada la forma de gobierno, lo que fué antes derecho del pueblo lo usurparon los Príncipes, con cuyos rescriptos empezaron á poder ser arrogadas las mujeres y los impúberes, *l. nec ei 16. con las sig. hoc tit.* Ulp. *tit 8. §. 4.*

2. La adopcion en especie tiene lugar con aquellos que estan sugetos á potestad ajena, y la autoriza el padre del adoptado ante el Magistrado que tiene la accion de la ley, *l. 4. h. t. l. 1. C. eod. l. 3. de off. procon* (a). Accion de la ley, *es aquello que se hace segun cierta fórmula prescrita por la ley con las solemnidades establecidas para verificar ciertos actos*; para la celebracion de los cuales si la ley designaba algun Magistrado, se decia que este tenia la accion de la ley; la que residia tambien en el Príncipe segun la ley *ult. C. de his qui à non dom. man.* Y á la manera que estos actos, siendo de voluntaria jurisdiccion, cualquier otro Majistrado puede autorizarlos ante sí, *l. 4. h. t. l. 2. de off. præt.*, asi tambien puede hacerlo el Príncipe, como á sumo magistrado. A esto se refiere lo que Sueton. *c. 64.* dice de Augusto: *que adoptó en su casa á Lucio habiéndole comprado por la moneda y la libra á su padre Agripa.* De esta especie de adopcion dice Gelio en *d. lug.*, *que son adoptados cuando el padre en cuya potestad estan los cede en derecho por medio de tres mancipaciones ó ventas y son vindicados por aquel que los adopta ante uno que tenga la accion de la ley.* Tres eran las ventas que intervenian, pero solo dos las manumisiones *l. ult. C. h. t.*; pues si el hijo vendido tres veces, hubiese sido manumitido por tercera vez como en la emancipacion, se habria hecho dueño de sí mismo por la tercera manumision; asi es, que la tercera vez se vendia y enagenaba en favor del adoptante, cediéndoselo en derecho para que le tuviese como á hijo suyo, y le vindicase por derecho quiritario á manera de un siervo; cuyo derecho

(a) L. 7. tit. 4. P. 4. vers. La una.

(a) L. 7. tit. 4. P. 4. vers. La segunda.

segun Ulp., *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* tuvo el padre por la ley quiritaria. Es de advertir que estas tres mancipaciones y dos manumisiones únicamente eran necesarias en la adopcion de los hijos, pues las hijas y los otros descendientes con solo una venta salian de la potestad de su padre natural, y quedaban sujetos á la del adoptivo, *d. l. ult. C. h. t.* Todo esto con el tiempo empezó á hacerse por medio de la solemnidad imaginaria de las tres ventas; §. 6. *tit. sig.*, que posteriormente fué tambien quitada por Justiniano, quien dispuso que el padre que desease dar en adopcion á su hijo lo manifestase únicamente ante el Juez competente y se escribiese en las actas estando presente el adoptado, y no contradiciéndolo, y el adoptante, *d. l. ult.* y §. *antepen. inf. eod.* Sobre las mancipaciones solemnes vea el amante de la antigüedad á Boet. *in top. Cic.* Ræward. *cap.* 16. *ad leg.* 12. *Tab.* VINN. Buena es la razon que da Vinnio de porqué las arrogaciones debian hacerse con autoridad del príncipe; á saber, porqué antiguamente se requeria la autoridad del pueblo; pero se hace preciso añadir la razon porqué en otro tiempo el pueblo autorizaba la arrogacion, y porque se hacia precisa la autoridad de los Pontífices. Todo hombre dueño de sí mismo era ciudadano: así es que no podia borrarse una cabeza de la ciudad sin autoridad del pueblo; ademas el arrogado se hacia heredero, y las leyes acerca de la herencia de los intestados no podian mudarse sino en virtud de otra ley segun acertadamente enseña Bynkershoek *Observ. lib.* 2. *cap.* 2. *p.* 115. Los Pontífices intervenian tambien, no por la religion del juramento segun piensa Juan. Vinc. Gravina *de lege XII. tab.* §. 85, *p.* 452., sino porqué el arrogado se hacia partícipe de las ceremonias religiosas de los gentiles, cuyo conocimiento correspondia á los Pontífices. Cic. *pro domo cap.* 15. Nada de esto, empero, fué necesario despues que los Emperadores reunieron á la facultad de legislar el poder de los Magistrados, y hasta la autoridad de los Pontífices sin que se opusiera nadie á esto. HEIN.

« En España se requiere en la arrogacion « el consentimiento expreso del arrogado; « pero en la adopcion basta el tácito del « adoptado. *L.* 1. *tit.* 16. *P.* 4.»

TEXTO.

Qui possunt adoptare filium familias vel non.

2. Sed hodie ex nostra constitutione, cum filius familias à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minime dissolvuntur; nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei á nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu quia concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constitutum, ut et in familia et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

TRADUCCION.

Quiénes pueden adoptar á un hijo de familias y quienes no

Mas hoy dia por nuestra constitucion, cuando un hijo de familias es dado por el padre natural en adopcion á una persona extraña, no se disuelven de manera alguna los derechos del padre natural, ni pasa nada al padre adoptivo, ni esta el adoptado en su potestad, aunque se le concedan por nuestras leyes los derechos de sucesion ab intestado. Mas si el padre natural diere á su hijo en adopcion, no a un extraño, sino al abuelo materno de su hijo, ó siendo el mismo padre natural emancipado, al abuelo paterno ó al bisabuelo paterno ó materno; en este caso, como que concurren en una misma persona los derechos naturales y los de la adopcion, quedan íntegros los derechos del padre adoptivo, quedando unido con un vínculo natural y con el establecido por el legítimo modo de la adopcion, de tal suerte que el adoptado está en la familia y bajo la patria potestad de este padre adoptivo. (a)

COMENTARIO.

Antiguamente por cualquiera especie de adopcion se extinguian los derechos del padre natural, y aquel que era dado en adopcion, aunque fuese á un extraño, pasaba á la familia y protestad del padre adoptivo. De esto le pareció á Justiniano que nacian inconvenientes de no poco momento, pues podia suceder que el hijo perdiese por medio de la adopcion el derecho á la sucesion del padre natural; y por medio de la disolucion de la adopcion, siendo emancipado, el que tendria á la del padre adoptivo, §. *sed ea omnia* 14. *infr. de hær. qæ ab intest. l. pen. Cod. h. t.* Con todo, yo solo encuentro un caso en que puede esto suceder; á saber, si el hijo fuese emancipado despues de la muerte del padre natural, §. *at. hi* 10. *inf. d. tit.* Asi es que creyó que podia salvarse este inconveniente, si se conservaban integros los derechos del padre natural al darse el hijo en adopcion á una persona extraña, y así lo dispuso en su costitucion *d. l. pen.* Por una persona extraña entiendo aquí toda aquella

(a) [illegible]

que está fuera de línea recta, ó sea de los ascendientes; por lo que los adoptados por el tio paterno ó materno se consideran como si lo fueran por cualquier extraño.

Licet ab intestato jura succes.) Concedióseie esto al arrogado especialmente por Justiniano. No obstante, puede ser impunemente preterido por el padre adoptivo, quien puede nombrar otro heredero, *d. l. pen.* §. *sed ne* 1. *d.* §. *sed ea omnia* 14. *inf. de hœr. quæ ab intest.*

Etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno.) Debe leerse: *Etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno*; no solo porqué así se encuentra en *d. l. pen.* de donde está esto sacado, sino porqué así lo exige la manifiesta razon del derecho.

Legitimo adoptionis modo constitutum.) En *d. l. pen.* se lee *Legitimo adoptionis modo constrictum.* Aquí notan los intérpretes aquello de que dos lazos ó vínculos atan mas fuertemente que uno; pero Justiniano quiso significar aquí otra cosa, á saber, que con la concurrencia de este vínculo natural con el civil de la adopcion se obviaba el antiguo inconveniente.

«En España, aunque en la ley 7. *tit.* 7. «*P.* 4. se dice indistintamente que el adop-«tado no pasa al poder del adoptante, con «todo se halla admitida por las leyes 9 y 10. «*tit.* 16. *P.* 4. la diferencia que se hace por «el derecho romano entre los adoptantes as-«cendientes, y los no ascendientes; habien-«do de particular que el emancipado por «un ascendiente que le adoptó, recae en la «potestad de su padre natural, *d. l.* 10. *al* «*fin.* Sobre el derecho de suceder que tie-«nen los adoptivos hablarémos en su respec-«tivo lugar.

TEXTO

De adrogatione impuberis.

3. Quum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio fieri permittitur: et exquiritur causa adrogationis, an honesta sit, expeditque pupillo, et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit: id est; ut caveat adrogator personæ publicæ (si intra pubertatem pupillus decesserit) restiturum se bona illis, qui si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi, causa cognita, dignus emancipatione fuerit: et tunc sua bona ei reddat. Sed et si decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit; jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea acquisivit.

TRADUCCION.

Cuando un impúber es arrogado por rescripto del príncipe se permite hacer la arrogacion con conocimiento de causa, indagándose si la de la arrogacion es honesta y útil al pupilo, y con qué condiciones se hace esta; esto es para que dé fianza el arrogador á una persona pública de que (si el pupilo muriere dentro la pubertad) restituirá sus bienes á aquellos que, á no haberse hecho la adopcion habrian sido llamados á su sucesion. El arrogador no puede emancipar al arrogado sino despues que con conocimiento de causa se haya encontrado digno de la emancipacion, y entónces debe devolverle todos sus bienes; mas si al morir el padre le desheredase, ó viviendo le emancipase sin justa causa mandámosle que le deje la cuarta parte de sus bienes ademas de los que trajo al padre adoptivo y cuyas utilidades este hubiese aqduirido posteriormente. (a).

NOTAS.

3. *Causa agnita.*) Antiguamente la investigacion de la causa correspondia al colegio de los Pontífices, Cic. *pro dom. c.* 13., hoy dia al Magistrado, oyendo el parecer de los parientes y con la autoridad del tutor, *l.* 2. *C. eod. l. ult. C. de auct. prœst. ó con la del* curador en la arrogacion de los púberes, *l.* 8. *D. h. t.* Sobre que cosas versa el conocimiento de causa véase á Ulp. *l.* 15. §. *pen. y ult. l* 17. *per tot. eod.*

Personæ publicæ). En los manuscritos segun Cujacio, Hot. y Pac. se lee *personæ publicæ, id. est., tabulario*; y Teófilo dice tambien: ἐν δημοσί ῳ προσώπῳ, τουτεστι τῷ ταβουλαρίῳ que es lo mismo. Al escribano y no á los agnados, pues es incierto quien al tiempo de la muerte del pupilo será mas próximo pariente suyo y deberá sucederle ab intestado. VINN. Véase sobre esto á Franc. Amaya; *ad l.* 3. *C. de tab. scrib. locograph. lib.* 10., en donde explica muy bien lo que sea dar fianza al escribano. HEIN.

Dignus emancipatione). Y en este caso pierde el arrogado la cuarta, de la que se habla luego, *l. ult. D. si quid in fraud. patron.*

Et tunc sua bona). Dícese esto por abusion como en otras muchas partes, en lugar de *bona ejus*; á saber, los bienes del impúber arrogado. Pacio.

Cuartam partem). Está conforme con la constitucion de Pio, *l.* 8. §. 15. *D. de inoff. test. l.* 1. §. 2. *D. de coll. d. l. ult. si quid in fraud. patron.* Esta cuarta segun los Glosadores y doctores no es de todos los bienes del arrogador, sino tan solo de la porcion debida por testamento, *arg. l.* 8. §. *de inoff.*

(a) L. 8. tit. 16. P. 4.

test. Y así lo entendieron los Griegos como lo prueba el haber mudado el cuadrante en el triente conformándose con el derecho nuevo. Fabroto.

Relinquere). Dice *relinquere* para que entendamos que no se debia antes de la muerte del arrogador, *d. l.* 1. §. 21. *de collat.*

COMENTARIO.

1. *Qué cosas se han de averiguar en la arrogacion de los impúberes?*
2. *Qué cosas afianza el arrogador, á quien afianza, y á quien esto pertenece?*
3. *Si la cuarta vulgarmente llamada de Divo Pio es la cuarta parte de todos los bienes del arrogador, ó tan solo de la porcion debida al impúber por intestado, y en este último caso si debe considerarse aumentada?*

1. Antiguamente los impúberes no podian ser arrogados como mas arriba dijimos; mas hoy dia pueden serlo por la Constitucion de Antonino segun Ulp. *in fragm. tit.* 8.; pero únicamente con conocimiento de causa ante el Magistrado, *l. si paterfam.* 15. §. 2. *h. t. l.* 2. *C. eod.* El conocimiento de causa versa sobre muchas cosas; pues en primer lugar se ha de averiguar cuales sean los bienes del pupilo, y cuales los de aquel que quiera adoptarle; en seguida cual la vida y cuales las costumbres del arrogador; luego despues su edad, y si por ventura no haria mejor en pensar en tener hijos propios que en adoptar los agenos, agregándose tambien á todo esto la averiguacion de si tiene hijos nacidos de legitimo matrimonio, cuya esperanza no conviene frustrar sin una causa poderosa; y por último tambien se mira la relacion que existe entre arrogante y arrogado, no permitiéndose fácilmente arrogar sino á aquel que está unido con relacion de parentesco al arrogado, ó está movido por un justo afecto, *d. l.* 15. §. 2. *l.* 17. *eod.* (a). Muchas de estas cosas se indagaban tambien en la arrogacion de los púberes; como era la edad, los hijos, las costumbres y bienes del arrogador. Que antiguamente se averiguaba todo esto ante los Pontifices en las arrogaciones lo prueba lo que dice Cic. en la orac. *pro dom. c.* 13. *Quid est*, dice, *jus adoptionis, Pontifices? Nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos possit; et cum posset, sit expertum: cum ne qua calumnia, fraus, aut dolus ad hibeatur*. Hoy dia el conocimiento de causa lo tiene el Magistrado, requiriéndose el consentimiento de los parientes del pupilo, *l.* 2. *C. eod.*, y la autoridad de los tutores, *l. ult. C. de auct. præs.* y tambien la de los curadores en la arrogacion de los menores de edad, despues de la constitucion de Claudio, *l.* 8. *eod.*

2. *Ut caveat adrogator personæ publicæ*,. Esto es lo que se observa propiamente en la arrogacion de los impúberes; á saber, que se afiance por medio de fiador, *l. non aliter* 18. con las 2. *sig. eod.*, y que se dé caucion, no á aquellos á quienes ha de venir á parar la herencia del menor, (ya porqué sean personas inciertas, ya porque no todos ellos pueden estipular para sí) sino á la persona pública, esto es, al Tabulario ó escribientes de las curias ó Magistrados municipales, quienes pueden adquirir para otro por medio de la estipulacion (a). Antiguamente consta que hubo para esto siervos públicos, *d. l.* 18. *l.* 2. *rempub. salv. for. l. ult. C. de serv. reip. man.* Arcadio y Honorio fueron los primeros que mandaron que los siervos no fuesen preferidos al Tabulario, *l.* 3. *C. de Tabul. lib.* 10. Mas aun que se omitiera la fianza, con todo aun se daria una accion útil contra el arrogador, segun se opina comunmente; *l.* 19. §. 1. *h. t.* (b).

Ad successionem ejus venturi essent). Esta parte de la caucion está concebida en estos términos en *d. l.* 18.: *ad quos ea res perventura est.*, y en la ley siguiente, *ad quos ea res pertinet*; con cuyas palabras se significa no solo á aquellos que han de tener la sucesion del impúber, como son los herederos del mismo, ya aquellos que lo son ab intestado, ó ya los que han sido nombrados en el testamento pupilar hecho por el padre: sino tambien á los legatarios y siervos á los que en el segundo testamento se hubiese dejado algo ó legado la libertad: en resúmen á todos aquellos á quienes hubiese de tocar alguna cosa si el arrogado hubiese permanecido en su estado, *dd. ll.* Esta caucion, empero, solo tiene lugar si el arrogado muriese durante la pubertad, *l. hoc. autem* 20. *eod.* (c); pero llegada esta, queda sin efecto y se considera lo mismo que si hubiese sido arrogado siendo púber, en cuyo caso la caucion no es necesaria; pues todo hombre llegado á la pubertad y dueño de sí mismo puede hacer testamento y excluir á sus parientes, *l.* 5. *qui test. fac.*

Dignus emancipatione). Si por ejemplo hubiese cometido contra el padre adoptivo alguna falta, por la que pudiese con razon ser arrojado de la casa ó desheredado (d). Pero, por qué causa en estos casos se resti-

(a) L. 4. tit. 16. P. 4.

(a) Id.
(b) L. 4. tit. 16. P. 4.
(c) Id. al fin.
(d) L. 7. tit. 16. P. 4.

tuyen sus bienes a un hijo tan impio? Hotomano piensa que se ha dispuesto esto asi; para evitar toda sospecha de improbidad, que de otro modo podria facilmente recaer en el padre adoptivo.

Decedens exhæredavit). Parece deberia esto entenderse si le desheredaba sin justa causa; pues haciéndolo con esta, no veo porque deba recibir nada mas que sus bienes ó mas de lo que recibiria si fuese emancipado por justa causa. Con todo, á esto parece oponerse la respuesta de Ulp en la *l.* 8. §. *si quis* 15, *de inoff. test.*, y puede decirse que la culpa recae sobre el arrogador, que teniendo una justa causa, no le emancipó mientras vivia.

Cuartam partem). Esta cuarta se llama vulgarmente de Divo Pio, y segun los intérpretes no es la cuarta parte de todos los bienes del arrogador, sino tan solo de la porcion debida por intestado al impúber; esto es, la misma que se daba á los demás hijos, *d. l.* 8. §. *quoniam* 8. *de inoff. test.* Y ciertamente no puede darse razon ninguna porqué el Emperador Divo Pio hubiese querido hacer mejor la condicion de los hijos adoptivos, que la de los naturales; ó la de los emancipados, y desheredados, que la de aquel que permanece sin nota ninguna en la familia y que la del heredero á quien el padre instituyó, ó lo que es por intestado habiendo dejado fideicomisos á los demás, al cual es cierto que nada mas se le debe fuera de la cuarta parte debida por intestado. A pesar de esto algunos autores modernos piensan de un modo contrario, por cuanto los textos hablan simplemente de la cuarta parte de los bienes, *l. ult. si quid in fraud patro. l.* 2. *C. h. t.* Pero á esto puede responderse que tambien la cuarta parte de la porcion debida por intestado puede por analogia llamarse la cuarta parte de todos los bienes; del mismo modo que la legítima de los descendientes, que no es mas que la cuarta parte de la porcion, se llama tambien la cuarta de todos los bienes, *l.* 6. *C. de inoff. test.*; ó mejor, porque comunmente solo se permite arrogar á uno, y tan solo á aquel que no tiene descendientes, *l.* 15. *al fin. l. nec ei* 17. §. *pen. h. t.* En lo que no están acordes los intérpretes que son de parecer que esta cuarta, es la cuarta parte de la porcion debida por intestado, es sobre si la misma ha recibido tambien aumento por la *Nov.* 18. Niégalo Minsing. pero con muy fútiles razones. Dice que por *d. Nov.* solo se entiende aumentada la cuarta de aquellos á quienes antes competia la queja inoficiosa, y que al arrogado no le competiá, *d. l.* 8. §. *si quis* 15., en lo que se equivoca; pues ciertamente antes de la constitucion de Divo Pio tuvo dicha querella, no menos el arrogado impúber que los demas, y el Emperador Divo Pio no disminuyó en nada el derecho del arrogado, sino que le aumentó; de modo que ya no le sea necesaria dicha queja, sino que por un derecho mejor y propio pueda obtener la cuarta que le es debida, *d. l.* 8. §. *si quis* 15. Asi lo sintieron los Griegos segun lo prueba el haber mudado las palabras τὸ τέταρτον μέρος (la cuarta parte), que Teófilo ó los intérpretes conservan aqui; en τὸ τρίτον (la tercera parte) conformándolas con el derecho nuevo. Mich. *Psel. Synops.* A lo que añade Mynsing. de que en las disposiciones correctivas del derecho no debe admitirse extension ninguna, aun cuando haya igual razon ó tal vez mayor, respondemos que esto no es cierto sino en aquellas constituciones que se apartan de la razon del derecho, y de la equidad, sobre lo que consulte el que quiera á Præs. Everh. *in topic. loc.* 79. Asi es que me parece mas verdadera la opinion de aquellos que creen que esta cuarta ha recibido aumento, para que asi no perjudique al pupilo, aquello mismo que ha sido introducido en su favor y utilidad, Bacovio, y otros aqui. VINN. Aunque no sea inícua esta opinion de Bacovio que sigue nuestro autor; con todo, es mas probable que Divo Pio entendió hablar de la cuarta parte de todos los bienes; ya porque en las leyes se hace siempre mencion de la cuarta de los bienes; ya tambien porque esta no se pedia por la queja inoficiosa sino por la accion de dividir la herencia. Vid. á Schultingio πρῶτα *tit. de adop. et emancip.* Lo que aqui de paso dice Vinnio que aquellos que tenian hijos no podian adoptar lo refuta Reinoldo Varr. *cap.* 41. *p.* 505. Y á la verdad no faltan ejemplos que oponer á Vinnio, los que antes de Reinoldo reunió Perizon. *Animadv. hist. cap.* 5. *p.* 125. *sig.* Aunque ya el mismo observa que esto no se concedia sino con mucha dificultad, y que no dejaba de ser digno de reprension. Yo creo que á los particulares casi nunca se les concedia arrogar á los impúberes, y por lo tanto que apenas podia tener lugar la cuestion de si en la constitucion de Divo Pio debe entenderse la cuarta de todos los bienes ó tan solo de la porcion legítima. HEIN.

« En España no pueden ser arrogados los « infantes; y los impúberes salidos de la in- « fancia solo pueden serlo con autoridad real, « *l.* 4. *tit.* 16. *P.* 4. Y á los arrogados de « este modo si fueren emancipados o deshe- « redados sin justa causa está obligado el ar-

«rogador á dejarles la cuarta parte de todos «sus bienes, *l. de d. tit.* y *P.*; pues aun-«que en esta ley se emplee el verbo *dar*, «cuyo significado parece referirse al tiempo «presente, con todo Greg. Lopez, *glos.* 1. *de* «*d. l*, la interpreta refiriéndola á despues de «la muerte.»

TEXTO.

De ætate adoptantis et adoptati.

1. Minorem natu majorem non posse adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est, ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem aut adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem et octo annis præcedere.

TRADUCCION.

De la edad del adoptante y del adoptado.

El de menor edad no puede adoptar á aquel que le es mayor en ella, pues la adopcion imita á la naturaleza, y es una cosa monstruosa que el hijo tenga mas edad que el padre. Asi pues; aquel que toma un hijo en adopcion ó arrogacion debe acederle en una pubertad plena; esto es diez y ocho años. (a)

NOTAS.

1. *Minorem natu*). *L.* 15. §. *ult. l. sig. l.* 40. §. 1. *D. eod.*

COMENTARIO.

La adopcion es una imágen y semejanza de la naturaleza, *l. filio* 23. *de lib. et post.*; de lo que con otras muchas cosas se deduce tambien, que ninguno puede adoptar á otro que le sea mayor en edad; pues por naturaleza el hijo no puede ser mas viejo que el padre (b). Por esta razon Cic. *pro. dom. cap.* 13. condena acrecidamente la adopcion de Clodio, diciendo: *te has hecho contra derecho hijo de aquel, de quien puedes por tu edad ser padre.* Otras consecuencias nacen de aqui que se verán luego.

Plena pubertate, id est, decem et octo annis). *L. adrogato* 40. §. 1. *h. t.* Porqué empero, se exigen diez y ocho años? pues si las nupcias pueden contraerse á los catorce, tambien podrá cualquiera tener hijos á esta edad. Con todo, como sucede muy rara vez que los varones lleguen á una pubertad plena, y tengan sucesion antes de los diez y ocho años, por esta razon se ha prescindido de la edad menor en la adopcion, segun las *ll.* 3. 4. y 5. *de legib.* Mynsingero da la razon de esto diciendo, haberse dispuesto asi porque en las adopciones como que se obra por eleccion se necesita mas firmeza de juicio, como si solo adoptasen los que tienen un año ó dos. Esta razon, empero, no tiene fuerza ninguna, pues aunque la pubertad empieza á los catorce años, *inf. quib. mod. tut. fin.*, no llega con todo á su madurez hasta los diez y ocho, *l. adrugato* 40. §. 1. *h. t.* Paul. 3. *sen.* 4. y á esta edad son púberos aun los οἱ βραδέως ἡβῶντες, es decir, aun aquellos que mas tarde llegan á la pubertad. Theod. En el caso de la *l.* 14. *pr. de alim. leg.* se atiende al favor que se presta á los alimentos.

(a) L. 2. tit. 16. P. 4

(b) L. 1. tit. 21. P. 3. vers. E contra natura.

TEXTO.

De adoptione in locum nepotis vel neptis, vel deinceps.

5. Licet autem et in locum nepotis, vel neptis, vel pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.

TRADUCCION.

De la adopcion en lugar de nieto ó nieta, y asi sucesivamente.

Es licito adoptar á uno en lugar de nieto ó nieta, biznieto ó biznieta aun cuando no se tenga hijo.

NOTAS.

In locum nepotis). Segun Paulo, *l.* 37. *h. t.* Ulp. *tit.* 8. §. 6.

Quamvis filium non habeat). Pues basta poderlo tener y ser de edad para poder tener nietos; pues no se mira el acto, sino la facultad natural.

COMENTARIO.

Quanvis filium quis non habeat). *L. adoptare* 37. *adoptiones* 43. *h. t.* Tal vez se diga que esto pugna con lo que antes se ha sentado de que la adopcion imita á la naturaleza, y que segun esta no puede suceder que uno tenga un nieto sin tener antes un hijo; mas á esto se responde que basta la capacidad de tenerle; esto es, el ser yo de tal edad que hubiese podido tener un hijo, y de él un nieto de la edad que tiene aquel que quiero adoptar. Asi tambien uno que no tiene mujer puede adoptar un hijo, aun cuando sin aquella no pueda ser padre, *l. et quit.* 30. *eod.* De modo que hay aqui dos ficciones, y acerca de la ficcion doble véase á Vand. 2. quæst. 4.

TEXTO.

De adoptione filii alieni in locum nepotis et contra.

6. Et tum filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.

TRADUCCION

De la adopcion de un hijo ageno en lugar de nieto y al contrario.

No solo puede adoptarse á un hijo ageno en lugar de nieto, sino tambien á un nieto ageno en lugar de hijo.

COMENTARIO.

Aquel que es hijo con respecto al padre natural puede por la adopcion hacerse nieto del padre adoptivo, y asi por el contrario; pues segun observa muy bien Teófilo no es necesario que el adoptado guarde con respecto al padre adoptivo el mismo órden y grado que tiene con respecto al natural.

TEXTO.

De adoptione in locum nepotis.

7. Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio, quem habet jam adoptatum; vel quasi ex illo, quem naturalem in potestate habet; eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus hæres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.

TRADUCCION.

De la adopcion en lugar de nieto.

Si uno adopta á otro en lugar de nieto como nacido de un hijo, que antes adoptó ó de aquel que tiene en su potestad natural, en este caso es preciso que consienta el hijo; porqué no se le dé un heredero contra su voluntad; mas si por el contrario el abuelo dá en adopcion á un nieto nacido de su hijo, no es necesario el con[sent]imiento de este.

NOTAS.

7. *Si quis nepotis loco*). Segun Paulo, *l.* 6. *y l.* 11. *eod.*

Ne ei invito suus heres). Por esta misma razon se requiere el consentimiento del hijo en el matrimonio del nieto, *l.* 16. §. 1. *D. de rit. nupt.*

COMENTARIO.

Filius consentire debet). Así, por ejemplo, sucederá si se adopta como á nieto nacido del hijo Lucio; pues si simplemente se adoptase como nacido de un hijo incierto, no se requiere el consentimiento de nadie; pues entonces cesa la razon del derecho, que hace necesario el consentimiento sobre lo que se hablará luego; *l. adoptiones* 43. *y sig. hoc. tit.* Qué sucederá, pues, si adopto á uno como á nieto mio nacido de mi hijo Lucio, y este no consintiere? será nula esta adopcion ó deberemos considerarla del mismo modo que si se hubiese hecho simplemente? Asi parece deberá ser segun Concio, 1. *subces. lect. al fin arg. l.* 11. *h. t.*; pues al responder el Jurisconsulto en el caso propuesto, que despues de la muerte del adoptante no recaeria el nieto en la potestad del hijo, parece querer indicar que la adopcion es válida en cuanto á lo demas.

Ne ei invito). *L.* 6. *eod.* El consentimiento del hijo parece no deberia exigirse á causa del derecho de potestad que sobre él tiene el padre; pero por cuanto el efecto de la adopcion, ó sea la agnacion de un heredero suyo, se refiere á aquel tiempo en que muerto el padre, el hijo es ya dueño de sí mismo y padre de familias, por esta razon se requiere.

Non necesse est filium). Y esto asi porque el nieto no está en la potestad de su padre, sino en la de su abuelo; y fué tanta la latitud de la patria potestad entre los romanos, que el abuelo podia dar en adopcion á otro al nieto, sin consentimiento del hijo; aunque no dejaba esto de ser muy duro.

«No estando en España los nietos en la «potestad del abuelo, segun advertimos mas «arriba en el §. 3 *de la pat. pot.* tampoco «podrán ser dados en adopcion por el mis«mo.»

TEXTO.

Qui dari possunt in adoptionem.

8. In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei, qui ex legitimo matrimonio natus est; et ideo si quis per Imperatorem vel apud prætorem, vel Præsidem provinciæ, non extraneum adoptaverit, potest eumdem in adoptionem alii dare.

TRADUCCI[ON.]

Quien puede ser dado en adopcion.

En muchos casos se asemeja aquel que es adoptado ó arrogado al nacido de legítimo matrimonio; y asi si alguno adoptase por rescripto del Príncipe ó ante el Pretor ó Presidente de la Provincia á una persona no extraña, puede darla en adopcion á otro.

NOTAS.

8. *In adoptionem alii dare*). Y hasta con el mismo derecho en virtud del que se permitia hacerlo al padre natural.

COMENTARIO.

Al principio de este título dijimos que no solo los hijos naturales, sino tambien los adoptivos estaban en nuestra potestad; de donde se sigue que así como podiamos dar en adopcion á los primeros lo mismo podiamos hacer con los segundos. Acerca la arrogacion nada se ha variado, ni tampoco acerca de la adopcion propiamente dicha cuando no se adopta á un extraño; mas cuando sucede esto último, este extraño no puede otra vez ser dado en adopcion á otro; pues segun la constitucion de Justiniano el padre adoptivo no tiene sobre él derecho ninguno, *l. pen. C. h. t.* §. 2. *sup. eod.*, habiéndose por esta razon añadido aqui por Triboniano estas palabras *non extraneum*

TEXTO.

Si is, qui generare non potest, adoptet.

9. Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt.

TRADUCCION.

Si adopta uno que no puede engendrar.

Tambien es comun á entrambas adopciones el que puedan adoptar aquellos que no pueden engendrar, como son los espadones: mas los castrados no pueden hacerlo.

NOTAS.

9. *Quales sunt spadones*). Por la razon de que estos, quitado el vicio del cuerpo, pueden tener hijos, *d. l.* 2. §. 1. *t.* 40. §. 1. *eod.* y por lo tanto pueden contraer matrimonio, *l.* 39. §. 1. *D. de jur. dot.*; debiéndose en el hombre atenderse mas bien á la naturaleza y costumbre de engendrar, que no á un vicio temporal, *l.* 9. *D. de lib. et post.* Espadones son, οἱ ψυξῖν τῶν γονίμων μορίων ὑποςάντες, es decir, aquellos que padecen una frialdad en las partes genitales. Algunas veces bajo este nombre se comprenden tambien los castrados, *d. l.* 39. §. 1. *de jur. dot. l.* 128. *de verb. sign.* y alli Alciato.

Castrati non possunt). Pues no tienen fuerza procreatriz, ni hay remedio ninguno para ellos: con todo Leon les permitió adoptar, *Novell.* 26.

COMENTARIO.

Qui generare non possunt) Esto es, aquellos que no pueden engendrar á causa de algun vicio no perpétuo; como se dice aquí que son los espadones, bajo cuyo nombre algunas veces se comprenden los castrados, y otros destituidos enteramente de la facultad de engendrar, como en la *l. si serva* 39. §. 1. *de jur. dot. l.* 4. §. 2. *ad leg. Corn. de sic. l. spadonum* 128. *de verb. sig.* y en ella Alciato. Aunque frecuentemente se toma en especie limitándose á aquellos que no pueden tener hijos por un impedimento temporal, que puede desaparecer: en este sentido lo toma Pomp. *l.* 6. §. 2. *de ædil. edict.*, y Marciano, *l.* 14. §. *ult. de man. vind.*, como tambien Cajo, *l.* 2. §. 1. *h. t.* Los Glosadores del derecho dicen que los espadones son οἱ ψυξῖν τῶν γονίμων μορίων ὑποςάντες, esto es, aquellos que padecen una frialdad en las partes genitales. El Emperador Leon permitió adoptar tambien á los castrados, para que con este consuelo se les compensase la injuria que se les habia hecho *Nov.* 26. *y sig.*

«En España pueden adoptar los imposibi-
«litados para engendrar, cuyo impedimento
«no provenga de la naturaleza, sino de un
«caso fortuito, ó de una enfermedad, *L.* 5.
«tit. 16. *P.* 4.»

TEXTO.

Si fœmina adoptet.

10. Fœminæ quoque adrogare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.

TRADUCCION.

De la adopcion de las mugeres.

Las mugeres no pueden arrogar porque no tienen los hijos naturales en su potestad; pero por beneficio del Principe pueden adoptar para consuelo de los hijos perdidos.

COMENTARIO.

Por derecho antiguo se diferenciaban la arrogacion y la adopcion, en qué las mugeres no podian ser arrogadas á causa de que segun mas arriba dijimos, la arrogacion se

hacia por autoridad del pueblo en los comicios, y en ellos no tenian participacion ninguna las mujeres; mas el ser adoptadas no estaba prohibido. Actualmente, empero, pueden tambien por rescripto del príncipe ser arrogadas, *l.* 21. *h. t.* Mas ni antiguamente, ni hoy dia podian ni pueden arrogar ni adoptar; y la razon que de esto da Justiniano es, porque no tienen los hijos naturales en su potestad, como si dijese ser un absurdo, que la ficcion tenga mayor fuerza que la realidad; la adopcion que la naturaleza. Esta razon con todo, parece que claudica en la adópcion de un estraño, en cuyo caso á pesar de no tener en su potestad al adoptado, con todo consta que hay adopcion por la constitucion de Justiniano, §. 2. *sup. eod.*

Ex indulgentia Principis). *L. si suspecta* 29. §. *quoniam* 3. *de inoff. test.* No para que tenga el hijo adoptado en su poder, sino para consuelo de su orfandad y para que tenga heredero. Unicamente hay dos casos en que la adopcion solo dé el derecho de hijos; á saber; si la mujer adoptare por mandato del Príncipe, ó si un extraño recibiere en adopcion á un hijo de su padre natural. En los demás casos los adoptados se hacen hijos de familia.

Ad solatium liberorum amissorum). Está copiado este lugar de la ley 5. *C. eod.*, y no hay duda en que debe entenderse de las viudas; pues no creo que á las casadas deba concedérselas que odopten hijos extraños. El emperador Leon permitió adoptar á las mujeres aun sin esta condicion, y hasta á las doncellas. *Nov. Leon* 27., la que está admitida en el oriente. Harmenop. *lib* 2. *tit.* 8. §. 4.

« En España las mujeres solo pueden adoptar en el caso en que hayan perdido su hijo en la guerra, ó sirviendo de otro modo al rey ó á la Curia á la que hubiese sido ofrecido, y aun entonces solo por rescripto del Rey, *L.* 2. *tit.* 16. *P.* 4.

TEXTO.

De liberis arrogatis.

11. Illum proprium est adoptionis illius, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit; non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, set etiam liberi ejus fiunt in ejusdem potestate tamquam nepotes. Sic enim D. Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptasset, ut protinus adrogatione facta inciperet Germanicus Augusti nepos esse.

TRADUCCION.

De los hijos del arrogado.

Es una circunstancia propia de la adopcion que se hace por rescripto del Príncipe, que si aquel que tiene hijos en su poder se diere en arrogacion, no solo él quedará sujeto á la potestad del arrogador, sino que tambien sus hijos recaerán en la misma potestad en la clase de nietos. (a). *Asi Augusto no adoptó á Tiberio, sino despues que este hubo adoptado á Germánico, para que luego de hecha la arrogacion empezase Germánico, á ser nieto de Augusto.*

NOTAS.

1. *Per sacrum oraculum*). Es decir, por rescripto del Príncipe, *l. C. eod.* Esto es una perífrasis de la arrogacion.

Set etiam liberi ejus). *L.* 15. *l.* 40. *eod.* Sucediendo esto como una consecuencia, y sufriendo la capitis diminucion á una con su padre arrogado, *l* 3. *D. de cap. min.* lo que no tiene lugar en la adoocion, *l.* 28. *h. t.*

COMENTARIO.

Lo que en este párrafo se dice es un efecto propio de la arrogacion, á saber, que no solo aquel que es arrogado pasa á la potestad del padre adoptivo, sino tambien los hijos que antes tenia en la suya en la clase de nietos, *l. adrogato* 40. *eod.* Mas en la adopcion no sucede esto; pues en ella tan solo recae en la potestad del adoptante aquel que es adoptado, y no sus hijos. La razon de esta diferencia es óbvia. Pues en adopcion son dados los hijos de familia, cuyos hijos están en poder de otro; á saber, de aquel que los da en adopcion, y asi quedan en el poder de este último, *l. liberum* 28. *eod.* Mas en arrogacion se dan los padres de familia, quienes teniendo á sus hijos bajo su potestad, no es nada extraño que los transfieran consigo á una familia y potestad agenas, *l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.*

Quam is Germanicum adoptasset). Habia vacilado Augusto en nombrar por sucesor suyo en el imperio á Germánico nieto de una hermana suya, alabado de todos; pero vencido por los ruegos de su mujer hizo que Tiberio adoptase á Germánico, arrogando despues al primero, segun Tácito 4. *annal. cap.* 57., y Suetonio *in Tib. cap.* 15. De modo que Tiberio fué obligado á adoptar á Germánico antes de ser él mismo ar-

(a) L. 7. tit. 16. P. 4.

rogado por Augusto. Un ejemplo semejante á este tenemos en Capitolino *in Antonin.*

TEXTO.

De servo adoptato vel filio nominato á Domino.

12. Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas servos, si á domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverat, liberum esse constituimus licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.

TRADUCCION.

De la adopcion de un siervo ó de su nombramiento de hijo por el señor.

La antigüedad escribe muy bien en Caton, que si los siervos fueren adoptados por su señor pueden con esto solo adquirir la libertad; por lo que nosotros en nuestra constitucion dispusimos que adquiriera la libertad el siervo á quien su señor haya nombrado hijo suyo con la intervencion de las actas, aunque esto no sea suficiente para adquirir los derechos de hijo.

COMENTARIO.

Apud Catonem). Poco importa averiguar si esto Caton fué Marco Caton gefe de la familia Porcia ó un hijo suyo; pues entrambos fueron Jurisconsultos, y entrambos tambien dejaron libros escritos sobre el derecho civil, aunque el hijo muchos mas, segun Pomponio, *l.* 2. §. *post hos.* 38. *de orig. jur.* Vinn. Sobre los escritos del hijo de Caton pertenecientos al derecho véase á Gelio *lib.* 13. *c.* 18. De él se nace menci-on en nuestro derecho, *l.* 10. §. 1 *ff. de Ædil. edict. l.* 44. *ff. sol. matr.* Grot. *de vit. Jctor. lib.* 1. *c.* 5. Hein.

Ex hoc ipso liberari). Claramente se ve que con estas palabras quiso Justiniano significar que los siervos adoptados por el señor no adquieren el derecho de hijos, sino tan solo la libertad, y por lo tanto que esta adopcion era poco menos que inútil, aun que tenia la fuerza de manumision. Semejante á esto es lo que Ulpiano dice, que la aceptilacion inútil tiene fuerza de pacto, ó sea un pacto útil, *l.* 8. *de accep.* Vinn. Con todo, el siervo adoptado con autoridad del Pretor no solo adquiere la libertad, si que tambien los derechos de hijo, segun Gell. *lib.* 5. *c.* 19. Por lo que Justiniano no parece hablar de la adopcion del siervo, sino del caso en que el señor por casualidad le llamase hijo. Heinn.

Nostra constitutione). *L. un.* §. 10. *C. de Lat. l. toll.*

Actis interventientibus). Esto es, en las actas, ante el magistrado, *l.* 2. *ff. de appell. l.* 5. *C. de fid. instrum.* Hotomano piensa que se requiere que el señor conduzca al siervo ante el Magistrado, y que delante de los testigos manifieste querer tenerle por hijo, y que se escriba esto en las actas.

«En España se admite en la *l.* 5. *y sig.* «*tit.* 16. *P.* 4. la prohibicion del derecho «romano, por la que se vedaba arrogar á un «liberto ageno, *l.* 15. *ff.* §. 3. *de adop.*, y «á aquel que habia estado bajo tutela por su «tutor, á no ser que fuere mayor de 25 años «en cuyo caso era permitida la arrogacio[n] «(pero solo por rescripto del Príncipe en E[s]«paña). *l.* 17. *eod.*

TITULO DUODÉCIMO.

De los modos de disolverse la patria potestad.

Conc. con el Dig. lib. 1. tit. 7. y con la Nov. 81. (a).

Razon del método y resumem del título.

Es costumbre de los Jurisconsultos despues de haber explicado los requisitos necesarios para la constitucion de un acto, poner los contrarios, ó sea los pertenecientes á su invalidacion ó disolucion. Así tambien aqui, habiéndose hasta ahora tratado de los modos de constituirse la patria potestad, se pasa á aquellos por los que se disuelve, de

(a) tit. 18. P. 4.

es que comunmente se proponen siete en este título, á saber, la muerte del padre ó del abuelo, la deportacion, la servidumbre de la pena, la dignidad del patriciado, el cautiverio, la emancipacion y la adopcion.

TEXTO

Scopus et nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri sunt subjecti, eo jure liberentur. Et quidem quemadmodum liberentur servi á potestate dominorum, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit; nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur: mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesve sui juris fiunt; sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit et in potestate patris sui est; tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris, tunc ii, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

TRADUCCION.

Fin y enlace. De la muerte natural.

Veamos ahora de que modo se libran de la potestad agena aquellos que estan á ella sugetos. Por lo que mas arriba hemos dicho acerca de los modos de manumitir á los siervos, podemos colegir como se libran estos de la potestad de sus señores. Aquellos, empero, que estan en la potestad de su padre, con la muerte de este se hacen dueños de sí mismos. En esto último debemos con todo distinguir; pues con la muerte del padre sus hijos ó hijas se hacen en verdad dueños enteramente de sí mismos; pero con la muerte del abuelo no siempre los nietos ó nietas del mismo se hacen hombres de su derecho, sino en el caso en que despues de la muerte del abuelo no hayan de recaer en la potestad de su padre. Así es, que si á la muerte del abuelo vive aun su padre y está en la patria potestad, muerto aquel, caen en la potestad de este; empero si este último, al tiempo en que muere el abuelo ha muerto ya, ó ha salido de la potestad de su padre por medio de la emancipacion, entonces sus hijos, no pudiendo recaer en su potestad, se hacen dueños sí mismos.

NOTAS.

Jus patriæ potestatis). Falta la palabra *patriæ* en los antiguos códigos segun Fabroto. Teófilo dice simplemente τό ὑπεξούσιον, es decir el derecho de potestad.

Recasuri non sunt). Los nietos nacidos del hijo, despues de la muerte del abuelo acostumbran á recaer en la potestad de su padre, *l.* 5. *D. de his qui sui vel alien. jur.*, con tal que este no haya premuerto á aquel ó no haya sido emancipado por su padre, *l.* 41. *D. de adopt.* Ulpiano *tit.* 10. §. 1. Cajo 1. *instit. titul.* 6.

Per emancipationem exiit). Esto necesita de interpretacion: segun Cuyacio, Hotomano y Fabroto advierten, estas palabras fueron introducidas por la Glosa en los antiguos códigos; pues que á mas de la emancipacion hay otros modos de salir de la patria potestad. Teófilo tampoco las admite.

COMENTARIO.

Mortuo eo sui juris fiunt). Desde luego que muere un padre de familias cada una de las personas que estaban á él sugetas empieza á formar la suya; pues todos se consideran padres de familia aun cuando sean pupilos é infantes, *l. pronuntiatio* 195. §. 2. *de verb. sig.*, lo que debe repararse.

Mortuus patre, sane omnimodo). Esto es, muerto el padre bajo cuya potestad estaban los hijos; pues aquellos que estan en la potestad del abuelo y no en la del padre, con la muerte de este no se hacen dueños de sí mismos; sino que quedan en el poder de aquel; por lo qué, como naciendo de nuevo se hacen herederos suyos del abuelo, §. 2. *inf. de exh. lib.* 13. *de injust. rupt. testam.*

In potestatem patris sui recasuri non sunt). Los nietos nacidos del hijo despues de muerto el abuelo suelen recaer en la potestad del hijo; esto es, de su padre, *l.* 5. de *his qui sui vel alien. jur.*; aunque no siempre sucede así, pues si al tiempo de morir el abuelo, el padre ya hubiese muerto ó salido por medio de la emancipacion de la patria potestad, los nietos no recaerán en la de su padre, sino que se harán dueños de sí mismos, por cuanto basta haber salido una sola vez de la patria potestad. Supóngase un hijo al que el padre habia adoptado, que haya vuelto á recaer en la potestad de su padre natural; esto es, que este le haya tomado en adopcion: el nieto que habia quedado en poder del abuelo, despues de la muerte de este no recae en la potestad de su padre, sino que se hace enteramente hombre de su derecho, *l. si pater* 41. *de adop.* Aquellos que por alguna dignidad se hacen dueños de sí mismos conservan integros los derechos legítimos, y sus hijos despues de la muerte del abuelo recaen en su potestad. *Nov.* 81. *c.* 2.

« No estando en España los nietos en la
« potestad del abuelo segun vimos mas arriba
« en el §. 3. *de pat. pot.*, por la muerte de
« este no se disuelve el poder patrio, el que
« por lo tanto solo se extingue por la muerte

« del padre, y se hacen los hijos dueños de sí « mismos. Esto, empero, si las nupcias del « padre fueron bendecidas; debiendo tam« bien exceptuarse el caso en que un padre « que tiene hijos se hubiese dado en arro« gacion, segun la doctrina del §. 11. *sup.* « *de adop.* aprobada por la *l.* 7. *tit.* 16. *P.* 4.

TEXTO.

De deportatione.

1. Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit: sequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quasi eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit desinit esse in potestate parentis. Sed si ex indulgentia Principis restituti fuerint per omnia pristinum statum recipiunt.

TRADUCCION.

De la deportacion.

Cuando alguno, siendo deportado á una isla por algun delito cometido, pierde el derecho de ciudadano se sigue, que aquel que de este modo es excluido del número de los ciudadanos Romanos, reputándose como á muerto no puede tener á sus hijos en su potestad. Por una razon igual si aquel que está en poder de su padre fuere deportado á una isla dejará de estarlo (a). Mas si por indulgencia del Príncipe fueren restituidos recobran en todo el estado primitivo.

NOTAS.

1. *In insulam deportatur*). La deportacion á una isla reemplazó la prohibicion del agua y del fuego, *l.* 2. §. 1. *D. de pœn. l.* 3. *D. ad leg. Jul. pecul. l. pen. al fin de extraor. cog.* Briss. *lib.* 3. *sel. antig. cap.* 5. VINN. Propiamente no puede decirse que la deportacion hubiese sucedido en lugar de la prohibicion del agua y del fuego; sino que se le agregó, aun cuando los antiguos usen del primer modo de hablar en los lugares por Vinnio citados; pues que á los deportados se les privaba del agua y del fuego segun Tácito, *Annal. lib.* 6. *cap.* 30. *l.* 1. §. 2. *ff. de legat.* 3. Explicólo esto diligentemente el esclarecido varon Schultingio, *ad Cajum lib.* 1. *tit.* 6. §. 1. *p.* 47. *y sig.* HEIN.

Civitatem amittit). De ahí es que los deportados se llaman extrangeros, *l.* 6. §. 1. *D. de hær. instit. l.* 1. *Cod. eod. y* ἀπόλιδες *l.* 1. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 17. *D. de pœn.*

(a) L. 2. tit. 18. P. 4.

COMENTARIO.

In insulam deportatur). Tambien por la deportacion se disuelve la patria potestad; pues que siendo esta propia tan solo de los ciudadanos Romanos, §. 2. *sup. de patr. pot.* no puede uno que no lo sea tener á su hijo en su potestad. La deportacion no es otra cosa que una capitis diminucion por la cual aquel que la padece deja de ser contado entre los ciudadanos, §. *inf. de cap. dem.* en donde nos extenderemos mas.

Perinde quasi eo mortuo). No solo mueren los hombres de muerte natural, sino tambien por la capitis diminucion máxima y media, *l. verum* 63. §. *ult. pro soc. l.* 1. §. *filium* 8. *de bon. poss. cont. tab.*, las cuales por esta causa se llama vulgarmente *muerte civil.* La construccion de este pasage parece ser viciosa; pero aparecerá clara si con Hotomano leemos: *Ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quasi mortuo etc.*, sin mas que transponer el último pronombre, *eo.* VINN. Tambien puede desaparecer el vicio de esta construccion añadiendo una letra y diciendo *quia* en lugar de *qui*, y así parece haberlo leido Teófilo. HEIN.

Pari ratione). Ninguna diferencia hay aquí entre que sea deportado el padre ó que lo sea el hijo; pues ni un ciudadano Romano puede tener á un extrangero bajo su potestad, ni un extrangero á un ciudadano Romano, Ulp. *tit.* 10. §. 2. Teófilo aquí.

Ex indulgentia Principis restituti). Esto es, siendo restituidos plenamente y por entero, *l.* 1. *C. de sent. pass.* (b) Pues una restitucion simple y general tan solo indulta la pena y concede el permiso para volver á la patria: véanse las *ll.* 2. 6. 9. *C. d. tit.* y á Tuldeno, *C. ibid.* Christ. *vol.* 4. *decis.* 208.

TEXTO.

De relegatione.

2. Relegati autem patres in insulam in potestate liberos retinent, et liberi relegati in potestate parentum remanent.

TRADUCCION.

De la relegacion.

Con todo los padres relegados á una isla retienen á sus hijos en su potestad, y los hijos relegados permanecen en el poder de sus padres. (c).

(b) L. 2. tit. 32. P. 7.
(c) L. 3. tit. 18. P. 4.

COMENTARIO.

1. *Porque causa los deportados pierden el derecho de ciudadanos, y no los relegados.*

1. Los relegados á una isla ó los simplemente desterrados de cierta provincia conservan todos sus derechos, sin que haya diferencia entre los que lo son para siempre ó solo para cierto tiempo, *l.* 4. *l.* 7. §. 3. *de interd. et rel.*, conservando tambien todos sus bienes; á no ser que, quitándoseles expresamente una parte de ellos, sean relegados para siempre, *d. l.* 4. *d. l.* 7. §. *ad tempus* 4. Cuál es empero la razon porque los deportados lo pierden todo junto con el derecho de ciudadanos, y los relegados no? Esta diferencia podrá entenderse ó deducirse de las palabras de la sentencia y modo con qué esta se ejecuta; pues á los deportados condenados á destierro perpétuo se les mandaba conducir á un lugar desierto ya determinado, despues de haber sido atados con grillos por los esclavos públicos y embarcados, cuyo castigo les hacia perder manifiestamente el derecho de ciudad, y les convertia en extrangeros. *l. sunt. quidam* 17. §. 1. *de pœn.*; mas á los relagados se les señalaba cierto término dentro del cual debian salir de la ciudad acostumbrándose á sentenciarlos asi: *Illum provincia illa insulisque relego*; *excedereque debebit intra illum diem*, *d. l.* 7. §. *his qui* 17. *de int. et rel.*; cuya sentencia aunque disminuye la consideracion de ciudadano, con todo no la extingue ni excluye una cabeza de la ciudad, *l.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* El nombre de destierro es comun á todos ellos, llamándose desterrados ó *exules*, no solo los deportados, sí que tambien los relegados, y aquellos á quienes se ha prohibido el uso del agua y del fuego, *l.* 4. *l.* 5. *de interd. et rel. l.* 4. *de pœn. l. tutor.* 28. §. 2. *y l. sig. de excus.*, á causa de que á todos ellos se les conduce fuera del pais ó expulsa del suelo patrio; de donde viene el nombre de desterrados ó *éxules*, segun Festo, Nonio y Quintil. *declam.* 336. Con todo, las mas de las veces, y propiamente hablando, el destierro se entiende de la deportacion, como que con propiedad no se considera ser tal la relegacion; pues se conserva el derecho de ciudad, *l.* 2. *de publ. jud.* Por esta causa Ovidio dice de sí mismo que no es *desterrado*, sino *relegado*, *lib.* 2. *y* 5. *de tristib.*

TEXTO.

De servitute pœnæ.

3. Pœnæ servus affectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur.

TRADUCCION.

De la servidumbre de la pena

Aquellos que son hechos siervos de la pena dejan de tener en su potestad á sus hijos. Se hacen, empero, siervos de la pena aquellos que son condenados á las minas, ó á ser entregados á las fieras. (a).

COMENTARIO.

Si aquel que pierde el derecho de ciudad, pero conserva la libertad, deja de tener á sus hijos en su poder, y se considera como muerto; ¿cuánto mas no sucederá esto con respecto á aquel, que á una con el derecho de ciudadano pierde la libertad? Los antiguos comparaban la servidumbre á la muerte, *l. quod attinet.* 32. *l. servitutem* 209. *de reg. jur.*

Pœnæ servus). Dícese siervo de la pena aquel que no tiene otro señor mas que la misma pena á la que se le ha condenado; por lo que si se lega algo á semejante siervo se tiene por no escrito como que se hubiese dejado, no al siervo del César, sino al de la pena, segun responde Marciano, *l. sunt. quidam.* 17. *de pœn.* No solo con la servidumbre de la pena, que es la que aquí se menciona únicamente, sino tambien con cualquier otra especie de esclavitud se disuelve la patria potestad; por ejemplo, si un hombre libre, mayor de 20 años permitiese venderse con objeto de lucrar el precio, ó si un liberto convencido de ingratitud fuere reducido de nuevo á la potestad de su señor, §. 1. *inf. de cap. dem.* La razon porqué no pertenecen aquí los hechos prisioneros por los enemigos es el derecho de postliminio y la ley Cornelia testamentaria, §. *si ab hostibus* 5. *inf. hoc. tit.*

Qui in metallum damnantur). Dícense condenados á las minas ó al trabajo de ellas, aquellos que son sentenciados á extraer metales; de los cuales hay de varios géneros, aunque entre los que son condenados á las minas y entre los que lo son al trabajo del metal, la diferencia está en las prisiones ó gri-

(a) V. l. 2. tit. 48. P. 4. y la Glos. 6. de Greg. Lop.

llos, lo que no es propio de este lugar el explicarlo, *l.* 8. §. 4. *y* 6. *de pœn.* Diferente de esta fué la pena de aquellos que se llamaban condenados á obras públicas, *l. ult. de effract.*, pues que estos solo perdian el derecho de ciudad, conservando la libertad, *l.* 17. §. 1. *d. tit.* A estos últimos comparan algunos hoy dia los condenados á galeras.

Qui bestiis subjiciuntur). Estos son los que á cada paso se llaman condenados y entregados á las fieras, (Dion *l.* 58. les llama τοὺς τοῖς θηρίοις ἐκ καταδίκης διδομένους, es decir, entregados á las fieras por via de pena) y que luego son devorados; esto es, que luego despues de la sentencia son entregados á las fieras. Los hay que no desde el momento de ser condenados mueren, sino que se reservan para las diversiones del pueblo, y estos se hacen tambien siervos de la pena: tales son los que se destinan á los juegos de los cazadores ó gladiadores. *d. l.* 8. §. *quicumque* 11. *de pœn. l. un. C. Theod. ad. leg. Fab.* sobre lo que véase á Budeo en sus *annot. poster.* Cujacio 15. *obs.* 10. Por lo demas, todos los condenados al último suplicio creo que se hacian desde luego siervos de la pena para el efecto á lo menos de perder al momento la libertad, y el derecho de ciudadanos, *arg. l.* 12. *l. qui ult.* 29. *de pœn. l.* 6. §. *sed etsi* 6. *de injust. rup. test.* Por derecho novísimo se ha derogado la servidumbre de la pena, *Nov.* 22. *cap.* 8. *authent. sed hodie C. don. int. vir. et uxor.*, los efectos de cuya disposicion notan en dichos lugares los doctores. VINN. Muy bien piensa Vinnio que todos los condenados á última pena se hacian siervos de esta: pues no pudiendo segun la ley Porcia, Liv. *lib.* 10. *cap.* 9. ningun ciudadano Romano ser condenado á la pena capital, se hacia preciso fingir que aquel que hubiese cometido un delito tal que mereciese pena de muerte, no era ciudadano sino siervo de la pena: esta observacion es del ilustre varon Ger. Nood. *Probab. lib.* 5. *cap.* 12. HEIN.

TEXTO.

De dignitate.

1. Filius familias si militaverit, vel si Senator, vel Consul factus fuerit, remanet in potestate patris: militia enim vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa Patriciatus dignitas illico imperialibus codicillis præstitis filium à patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suæ nexibus filium liberare: Imperatoriam autem celsitudinem non valere, eum, quem patrem sibi elegi, ab aliena eximire potestate?

TRADUCCION.

De la dignidad.

Si el hijo de familias fuere militar ó fuere hecho Senador ó cónsul permanece en la patria potestad; pues la milicia ni la dignidad consular no libran al hijo de la potestad del padre; mas por nuestra constitucion la suma dignidad del Patriciado libra al hijo de la patria potestad desde luego que se han expedido los codicilos imperiales. Pues quien podria tolerar que el padre pudiese librar á su hijo por medio de la emancipacion de los vínculos de su potestad, y que la soberanía Imperial no tuviese la facultad para librar de la potestad agena á aquél á quien elige por padre suyo? (a).

NOTAS.

1. *Si militaverit*). *L.* 55. *de rit. nup. l.* 5. *y* 6. *de castr. pec. l.* 7. *C. de patr. pot.*

Senator). *L.* 18. *al fin D. de judic. l. ult. de hœr. pet.* Quint. *declam.* 286.

Consulario dignitas). *L.* 1. §. *ult. de sen. Mac.* Dion. Halic. *lib.* 2. *p.* 96.; mas hoy dia libra esta dignidad de la patria potestad segun la *Nov.* 81., en la cual se concede este privilegio á otras dignidades al *pr. c.* 1. *y* 3.

Summa patriciatus dignitas). Suma ó principal; no en cuanto al grado, pues el consulado es mayor, sino porque á la grandeza de la dignidad se agrega la circunstancia de ser perpétua, Baron, y Cont. Existe sobre esto una constitucion en la *l. ultim. Cod. de consulib. l.* 12. *l.* 3. *Cod. eodem.*

Codicillis præstitis). Véase á Synes. *epist.* 127.

COMENTARIO.

1. *Quienes se llamaban Patricios bajo los emperadores de Constantinopla.*

Si militaverit). Muchos fueron los privilegios y prerrogativas que concedieron los Príncipes á los soldados; mas á pesar de esto no quisieron que por el juramento se disolviese el vínculo de la patria potestad, *l.* 3. *C. de castr. pec. l.* 7. *Cod. de patr. pot.* Obsérvese de paso que la milicia fué una especie de dignidad, y de ahí vino el que posteriormente casi todos los cargos civiles fueron llamados *milicia*.

Vel si Senator, vel Cónsul). No obsta á esto lo que se dice en la *ley antepen. de his qui sui vel al. jur.* de que en los negocios públicos el hijo de familias es tenido por padre de familias, como si desempeñase una Magis

(a) L. 7. tit. 18. P. 4.

tratura; pues esto no quiere decir que por medio del consulado ú otro cargo público el hijo se libre de la patria potestad, sino que esto no impide que el hijo sea nombrado Cónsul ó Pretor, por ejemplo, y que puede desempeñar todos los deberes de su empleo, aunque al padre le repugne, y hasta contra él mismo, *l.* 13. *al fin y l. sig. ad sen. Treb.* Algun tanto hace para el caso presente lo que escribe Gell. 2. *noct. Attic.* 2.

Ex nostra constitutione). *L. ult. C. de consul. lib.* 12. No parece fué Justiniano el primero que dispuso esto; pues que ya en Casiodoro que vivió antes de el bajo Teodorico, Rey de los Godos, *in form. Patriciatus, lib.* 6. Var. *cap.* 3. se encuentra escrito esto: ***Leges tantam Patriciis dignitatem detulerunt, ut in sacris positus, cùm hoc fuerit honore præcinctus, paternæ potestatis nexibus exuatur.*** Lo que Justiniano en dicha constitucion concedió al patriciado hízose despues extensivo tambien á otras dignidades, y á todas aquellas que libran de la Curia; habiendo concedido expresamente el mismo privilegio al Consulado, á la Prefectura del pretorio, á la Prefectura de la Ciudad, á la Pretura, al Maestrazgo militar, y finalmente al Episcopado, *Nov.* 81. *al pr. cap.* 1. *y* 3. Vinn. Al negar nuestro autor que Justiniano hubiese sido el primero que concedió semejante privilegio á los Patricios sigue como acostumbra la opinion de Bacovio; pero el argumento en que se funda no es muy sólido; pues que Casiodoro no solo vivió en tiempo de Teodorico, sino tambien en el de Atalarico, y aun en el de Teodahado y Vitiza desempeñó cargos públicos, habiendo por lo tanto podido ver la constitucion de Justiniano dada en el año 530. Demostrólo esto muy claramente el ilustre Reinoldo. Var. *cap.* 19. Hein.

1. *Summa Patriciatus dignitas*). Durante la República, llamábanse patricios los que eran de la descendencia de los Senadores creados por Rómulo, y hasta en tiempo de Livio se llamaban así algunas antiquísimas familias del órden de los Senadores. Mas en las constituciones de los Emperadores recientes debe entenderse de un modo muy diferente la palabra *Patricios*; pues despues de la traslacion del Imperio á Constantinopla empezaron los Príncipes á elegir de entre los senadores que habian desempeñado Magistraturas curules á sus consejeros y cuasi padres, los que fueron llamados Patricios como que fuesen padres comunes de la República segun Suidas, y desde mucho tiempo el nombre de Patriciado empezó á darse al supremo consejo.

Codicillis præstitis). *Codicilo* entre otras cosas quiere decir, para los Latinos, un diploma ó sea carta del Príncipe en la que se enviaban los honores, como se ve en Sueton. *in Claud. c.* 29. y en la *l. administrantes* 41. *pr. de excus. tut. leg.* 12. *C. de dign.*, y tambien en este lugar.

Quam sibi patrem eligit). Los Patricios eran como padres de los Emperadores de Constantinopla, y este nombre dió á Claudiano materia para un epigrama; pues este escritor se burló de un tal Eutropio Patricio, cuyos bienes vendidos en público fueron confiscados, sobre lo que dice en el *lib.* 2. *in Eutrop. v.* 49.

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poterat Principis esse pater.

Siendo el sentido de estos versos que Eutropio debia soportar con resignacion esta adversidad de la fortuna y confiscacion de sus bienes, á causa de que de este modo habian venido estos á parar en poder del Príncipe, que era como hijo suyo, y cuyo padre habia él sido llamado. En el Código Teodosiano *tit. pæn.* existe la constitucion de los Emperadores Arcadio y Honorio por la que se mandó deportar á dicho Eutropio á la isla de Chipre á la que habia sido relegado despues de confiscados sus bienes, y despojado de su dignidad.

«Desde la *l.* 7. hasta la 15. *del tit.* 28. *P.* «4. se enumeran doce dignidades que libran «al hijo de la patria potestad; pero la mayor «parte de ellas no estan en uso hoy dia con«tándose entre las mismas el Patriciado y «otras semejantes á las que Justiniano esta«blece en dicha *Nov.* 81. Actualmente libran «de la patria potestad todas las dignidades «que llevan aneja consigo jurisdiccion ó ad«ministracion de rentas.»

TEXTO.

De captivitate et postliminio.

5. Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat; tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint; omnia pristina jura recipiunt Idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate; quia postliminium fingit, eum qui captus est, in civitate semper fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, neposve, si ab hostibus captus fuerit; similiter dicimus propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum autem est postliminium á limine et post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, et in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte diximus. Nam limina sicut in domo finem quemdam faciunt: sic et

Imperii finem esse limen. Veteres voluerunt. Hinc et limen dictum est quasi finis quidam et terminus. Ab eo postliminium dictum est, quia ad idem limen revertebatur, quod amiserat. Sed et qui captus, victis hostibus, recuperatur, postliminio rediisse existimatur.

TRADUCCION.

Del cautiverio y del postliminio.

Si el padre fuere hecho prisionero por los enemigos, aunque se haga esclavo de estos, con todo queda en suspenso el derecho del hijo á causa del postliminio, porqué si los prisioneros regresaren recobran todos los derechos primitivos, y asi despues de su vuelta tendrán á los hijos bajo su potestad; pues el postliminio finge que aquel que fué hecho prisionero permaneció siempre en la ciudad. Mas si muriere allí, el hijo se considerará dueño de sí mismo desde el momento en que fué hecho prisionero el padre. Tambien dirémos del mismo modo que si el hijo ó el nieto fuere cojido por los enemigos estará en suspenso, á causa del derecho de postliminio, la patria potestad del padre. Hase llamado postliminio *de las palabras* limine *y* post; *por lo que aquel que habiendo sido hecho prisionero por los enemigos llega despues á nuestras fronteras decimos bien que ha regresado por* postliminio; *pues así como los límites sirven de término ó fin en una casa particular, asi tambien los antiguos quisieron que la frontera del imperio se llamase limite. De ahí es que se llaman asi como que fuesen cierto fin y término. Y se llama postliminio porque volvia al mismo límite que habia perdido. Tambien aquel que hecho prisionero es recobrado, venciendo á los enemigos, se reputa haber vuelto por* postliminio.

NOTAS.

5. ***Pendet jus liberorum*).** Está en suspenso, en un estado incierto, *l. ult. D. de sen. Mac. l.* 12. §. 1. *de cap. et post.*; pues la patria potestad perdida por la esclavitud, no tanto se considera que se restituye como que se finje que los hijos han permanecido en dicha potestad, aun durante el cautiverio, Ulp. *tit.* 10. §. *pen.* Boct. *in top. Cic.*

***In civitate semper fuisse*).** Véanse los otros efectos del derecho de postliminio en la *l.* 4. §. *ult. D. de sen. Mac. l.* 6. §. *ult. D. de tut. l.* 22. §. 1. *de cap. et postl. l.* 13. *eod.*

***Ipse quoque filius*).** *L.* 9. *l.* 10. *l.* 12. *Cod. de postl. rev.*

COMENTARIO.

1. *Cuando se entiende que uno ha vuelto por derecho de postliminio? en qué caso, tiene lugar esto?*
2. *Que cosas se recobran ó vuelven por derecho de postliminio?*
3. *La patria potestad del que ha sido hecho prisionero no se pierde sino que está en suspenso.*
4. *Del origen del derecho de postliminio.*

***Quamvis servus hostium fiat*).** Es sabido que aquellos que son cogidos por los enemigos por derecho de guerra se hacen siervos de estos; y en consecuencia dejan de tener á los hijos bajo de su potestad; mas los Romanos juzgaron no deber considerar entre ellos como á siervos á los que de entre los mismos fuesen hechos prisioneros, no perdiendo efectivamente estos ninguna de las cosas que de otro modo acostumbran á perderse por la esclavitud. Y pudiendo suceder que los prisioneros volviesen á su patria, ó bien que muriesen en el cautiverio para entrambos casos miraron por el bien de los mismos en el primero por medio de la ficcion del derecho de postliminio, y en el segundo por la de la ley Cornelia.

1. ***Qui si reversi fuerint*).** Pomponio dice considerarse haber vuelto por postliminio aquel que entró en nuestro campamento, *l.* 5. §. 1. *de cap.*, Paulo desde el momento que entró en nuestras fronteras, *l. postliminium.* 19. §. 3. *eod.* Mas por una igualdad de razon convinieron las naciones que el postliminio tuviera lugar siempre y cuando el hombre o las cosas á los que este derecho estaba concedido llegasen á poder de nuestros amigos ó aliados, como dice en dicho lugar Pomponio, ó como Paulo explica por via de ejemplo, á un Rey aliado ó amigo. En estos casos no entendemos por tales aquellos con quienes estamos en paz, sino los que hacen con nosotros la guerra, pues los que á ellos llegaron, segun dice Paulo, por derecho público empiezan á considerarse seguros sobre lo que trata mas latamente Grocio 3 *de jure bell. et. pac.* 9. *n.* 2.

2. ***Omnia pristina jura.*)** Por ejemplo, el derecho de ciudad, de familias y el dominio de sus bienes. Dice muy bien *derechos, l.* 5. §. 1. *l. in bello* 12. §. 1. *de capt. et postl. rev.* pues las cosas que son de hecho no se comprenden en el postliminio; tal es por ejemplo, la posesion la que aunque interrumpida por el cautiverio, no admite restitucion, *l. denique* 19. *ex quib. ca. maj. l. cum. heredes.* 23. §. 1. *de acq. poss.* Así como el que ha regresado del cautiverio recobra los derechos por postliminio, asi tambien estos se le restituyen *l.* 6. *d. l. in bello* 12. §. *cœteria C. de capt.* Y no solo los hombres sino tambien los campos, *l. si captivus* 20. §. 1. *eod.* y cualquier derecho inherente al suelo goza del postliminio, segun la ley 6. *de rer. div.*, como tambien los lugares sagrados y religiosos, *l. cum loca* 36. *de rel.* Mas las cosas muebles no gozan de postliminio á excepcion de las galeras y barcos de transporte, los bagajes y los caballos pertenecientes á la caballeria, *Cic. in top.* Gall. Æl. *apud.*

est. Marcell. *l.* 2. *prin. ff. de capt.* Aunque actualmente segun á cada paso dicen los peritos en las costumbres ninguna cosa mueble disfruta de postliminio, ni aun las naves: véase á Grocio, *d. cap.* 9. *num.* 15. y *sig.*

5. *In civitate semper fuisse*). La patria potestad perdida por el cautiverio despues de restituido el padre á su pais no podemos decir que se restituya; ni de los hijos hechos dueños de sí mismos por el mismo hecho despues de su regreso podemos decir tampoco que recaigan otra vez en la dicha potestad, como parece quererlo Mynsingero; sino que se fingia que el padre estuvo siempre en la ciudad, y que retuvo á los hijos en su poder, aun durante el tiempo de su cautiverio, *d. l. in bello* 12. §. 1. *l. retro* 16 *l. bona.* 22. §. 2. *eod. l.* 6. §. *ult. de tutel.* De otro modo malamente podremos decir que el estado de los hijos es incierto, y está en suspenso como se dice aquí, y en *d. l. in bello* 12. *y l. bona* 22. ni tampoco que los actos del hijo estén pendientes, *l.* 1. §. *de senat. Mac.*; sino que deberemos decir que el derecho del padre y de los hijos extinguido por la cautividad de aquel se restituia por el postliminio, y que los actos del hijo únicamente son válidos en el intérvalo del cautiverio, pero que se anulan despues con la vuelta del padre. Ni es de poco momento esta ficcion, pues de ella se sigue que lo que el hijo adquiere durante el tiempo intermedio puede el padre vindicarlo para sí por derecho de peculio despues de su regreso, y esto aunque antes haya premuerto el hijo, *l. pen. de suis et leg. hœr.* Siguese tambien que despues de la vuelta del padre se niega la accion al acreedor de quien el hijo mientras su padre estuvo en poder de los enemigos recibió dinero en mútuo, como que hubiese sido prestado contra el senadoconsulto, *l.* 1. § 1. *de SC. Mac.* Finalmente dedúcese de la misma lo que Ulpiano dice que no puede darse tutor á aquel cuyo padre está en poder de los enemigos, *l.* 6. §. *ult. de tutel.* siendo así que no habria dificultad en dárselo si los hijos entre tanto se considerasen como dueños de sí mismos. La condicion del deportado y restituido es muy diferente, *l. ult.* §. 1. *C. de sent. pass.*

Exinde ex quo captus est). Esta ficcion es de la ley Cornelia, *l.* 12, *qui testam. fac.* §. *ult. inf. quib. non est perm. fac. testam.* y se observa en todas las partes de nuestro derecho, *l. in omnibus* 18. *de cap.*

Ipse quoque filius). Por lo que, si por ejemplo el hijo estuvo en poder del padre al tiempo en que cayó prisionero, si durante el cautiverio murió el padre, regresado el hijo será heredero suyo de aquel, *l.* 9. *Cod. de postl. rev.*

4. *Alimine et post*). Suscitábase antiguamente una controversia entre Scevola y Servio segun Cic. *in Top.* acerca la etimologia de la palabra *postliminio*. Scévola decia que este vocablo estaba compuesto de *post* que significa vuelta y de *limine*, mas Servio creia no deber atenderse mas que á la proposicion *post*, y que lo demás era la terminacion de esta palabra; pero mas bien pensó Scevola de cuyo mismo parecer es Festo; pues las palabras *limen* y *limes* solo se diferencian en su terminacion y desinencia; mas en cuanto á su orígen (pues vienen de la antigua voz *limus* que significa *traves*) y primitiva etimologia son lo mismo. Lo propio sucede con *materia y materies*, *contagio* y *contagies*, etc. aunque por el uso comun la palabra *limen* se refiere á las cosas privadas, y *limes*, á las públicas. Así es que los antiguos al decir *eliminar* entendian arrojar de las fronteras, y al destierro lo llamaban *eliminacion* Grot. *d. c.* 9. *in pr.* Jos. Scal. *annot. in Fest.*

Ab hostibus recuperatur). Por el derecho de postliminio no hay diferencia ninguna entre los varios modos con que puede volver el prisionero, ya sea que se le haya dado la libertad, ya que la haya adquirido á la fuerza, ó por engaño, ó despues de vencidos los enemigos; ó como dice Homero, *Odyss.* 14. ἢ δόλῳ, ἠὲ βίῃ, ἢ ἀμφαδὸν, ἠὲ κρυφηδὸν, es decir, ya sea con astucia, ya á la fuerza, ya descubierta, ya clandestinamente; con tal empero que tuviese intencion de no volver al cautiverio, *l. nihil interest.* 26. *ff. de capt.* Conforme á esto se ha dicho que Atilio Regulo no habia vuelto por derecho de postliminio, pues habia jurado que regresaria á Cartago, *l.* 5. §. 3. *d. tit.* Grot. *d. lib.* 3. *c.* 9. VINN. Tambien este derecho pertenece á los redimidos ó rescatados, con tal que se haya devuelto el precio del rescate á aquel que le redimió, *l.* 12. §. 7 *l.* 15. y *l.* 20. *ff. de captiv.* HEIN.

«Por lo que hace á España véase lo que «dijimos en el §. 3. del derecho de las per«sonas.»

TEXTO.

De emancipatione: item de modis et effectibus ejusdem.

(6) Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidam vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali

rescripto. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit; ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes Judices, vel Magistratus parentes intrent, et filios suos vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps à sua manu dimittant. Et tunc ex edicto Prætoris in bonis ejusmodi filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui quæve à parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel cæteri; ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

TRADUCCION.

De la emancipacion, de sus especies y efectos.

Tambien por la emancipacion salen los hijos de la potestad de sus padres (a). Antiguamente la emancipacion se hacia segun lo que disponian las leyes antiguas, celebrándose por medio de ventas imaginarias, ó interviniendo las manumisiones; ó tambien por rescripto del Príncipe: mas nuestra providencia tambien mejoró esto por medio de una constitucion, de modo que derogada la ficcion primitiva los padres vayan directamente ante los Jueces competentes ó Magistrados, acompañados de su hijo ó hija, nieto ó nieta, y allí los manumitan. Y entónces segun el edicto del Pretor el padre tendrá en los bienes del hijo ó hija, nieto ó nieta que hubiere sido por el manumitido ó manumitida, los mismos derechos que tiene el patrono en los bienes del liberto, y si el hijo ó hija ó los demas fuesen impúberes el mismo padre obtiene la tutela de los mismos por medio de la manumision (b).

NOTAS.

6. *Emancipatione*). La emancipacion hoy dia puede definirse un acto legítimo por el cual los hijos son manumitidos por el padre ante el juez competente.

Judices vel Magistratus). Pónese esta última palabra, para que no se crea que aquí se habla de los jueces pedáneos, los que es sabido no tenian la accion de la ley. Existe sobre esto una constitucion de Justiniano en la *l. ult. C. de emanc. lib.*

A parentes manumissus). Lo mismo que emancipado, *tit. si á par. quis. man.*, pues los hijos primitivamente eran reducidos á una condicion servil, aunque despues fué tan solo imaginaria, *l. 5. §. 1. D. de cap. min.*

Quæ tribuuntur patrono). Con respecto al padre se considera el emancipado lo mismo que un liberto, *l. 1. D. si á par. quis. man.* Asi sucede en la posesion de bienes *contra tabulas*, *d. l. 1.* y en la sucesion legítima, §. *ult. inf. de leg. agn. succ.*; mas esto se ha mudado por la *Nov. 118. c. 2.*

COMENTARIO.

[illegible]

2. Comparacion entre el patrono y el padre emancipante.

1. Explicase en este párrafo otro modo de disolverse la patria potestad; á saber, la emancipacion, y se dice que antiguamente se celebraba por medio de ventas imaginarias con intervencion de las manumisiones. Para facilitar la inteligencia de esto debe saberse que por una ley de Rómulo se disponia, (habiendo esto sido despues trasladado á la tabla cuarta por los Decemviros) que si el padre emancipase, esto es, vendiese al hijo tres veces, y á la hija y demás descendientes una, si despues eran manumitidos por el comprador se hacian dueños de sí mismos; los primeros con tres manumisiones, y los últimos con una sola. A ejemplo y semejanza de esta antigua emancipacion se estableció despues, que el padre por ficcion y en apariencia, recibiendo una moneda, vendiese al hijo varon por tres veces y los demás descendientes por una ante el Magistrado, pactando antes con el comprador, (quien por esta causa se llamaba padre fiduciario) que los manumitiria despues de recibidos, al hijo varon tres veces, y á los demás una, para que de este modo se hiciesen los hijos dueños de sí mismos. Acostumbraba tambien el padre natural pactar con el comprador que le volveria á vender al hijo despues de la tercera mancipacion ó venta, y lo propio respecto de los demás descendientes, á fin de que de este modo consiguiese el poderlos manumitir para tener los derechos de patrono mas bien él que no el extraño manumisor, ó sea el comprador imaginario. La emancipacion celebrada con la interposicion de esta caucion se dice hacerse por medio del contrato de *fiducia*, §. *ult. inf. de leg. agn. succes.* Asi lo dice Dionisio Halic. *lib.* 6. 2. Boet. *in top. Cic.* Cajo, *lib.* 1. *t.* 6. Ulpian. *tit.* 10. *l. ult. et pen. Cod. de emanc. lib.* VINN. Parece que Vinnio ha perturbado aqui algun tanto el órden. Primeramente el padre vendia al hijo, y le enagenaba por medio de la moneda y la libra, y luego el comprador le manumitia; mas como el manumitido segun la ley de Rómulo volvia á recaer en la patria potestad, el padre le vendia por dos veces y por dos veces tambien le manumitia el comprador; recayendo aun empero así en la potestad de su padre, este le enagenaba por tercera vez conviniendo entonces con el comprador que se lo volveria á vender, despues de lo cual el padre le manumitia conservando como á manumisor el derecho de patronato sobre su hijo. Véanse nuestras *antig. rom.* [illegible] *l.* HEIN.

[illegible] imperiali rescripto). Este modo de

·mancipar fué introducido por el emperador nastasio, quien haciendo caso omiso de la cion de la antigua emancipacion, permitió ancipar á los hijos obteniendo permiso ' emperador, y presentando su rescripto Magistrado, con tal, empero, que el hijo mayor de la infancia consintiese en ello, *l. en. C. de emanc. lib.*

Etiam hoc in melius reformavit). A saber, lo que Anastasio habia establecido acerca la emancipacion, la que segun lo por él dispuesto tenia lugar por medio de una súplica al príncipe y la consecucion de un rescripto suyo; mas ahora por la Constitucion de Justiniano solo se requiere la declaracion del padre ante el juez competente, manifestando por ella que permite á su hijo que sea dueño le si mismo. Hállase esta constitucion en la *. ult. C. de emanc. lib.*

Ad competentes judices vel Magistratus). Dícese esto para mayor aclaracion; pues que os Magistrados que presiden el tribunal ó la urisdiccion, se llaman tambien jueces, *l. 1. le judic. tit. de reb. auct. jud. poss.*, y así tambien á cada paso en las constituciones de los emperadores mas recientes; lo que advierto aquí para que alguno no piense que se habla de los jueces pedáneos, ó sea de aquellos que los Magistrados nombraban para conocer de las causas privadas y fallar sobre ellas, los cuales es bien manifiesto que no tenian la accion de la ley, como tampoco la tenia ninguno á quien se hubiese delegado la jurisdiccion. Así lo atestiguan Marc. y Vulp. *l. 2. §. l. seq. de offic. procons.* sobre lo que nos estenderémos mas en el §. 8. *inf. eod.*

A manu sua dimittant). No solo se manumiten los siervos por el señor, si que tambien los hijos é hijas de familia por el padre, diciéndose manumitir en vez de emancipar, *tit. si á par. quis man.* á causa de que por derecho antiguo estaban en la potestad de su padre, y despues de vendidos y enagenados quedaban reducidos á una condicion servil, aunque posteriormente solo fué imaginaria, *l. 3. §. 1. de cap. min.* De ahí es que se dice, que con respecto al padre el hijo se considera *liberto*, y que el padre hace las veces de *patron, l. 1. d. tit. si á par. quis man.*

2. *Ex edicto Prætoris eadem jura*). Así es, que á ejemplo del patrono es el padre admitido á la posesion de los bienes *contra tabulas*, si en el testamento hecho por el emancipado ha sido preterido, *d. tit. si á par. quis man.* Tambien se le concede al padre por Justiniano el derecho de la sucesion legítima, si hubiese emancipado al hijo habiendo intervenido el contrato de *fiducia*; esto es, si en virtud de este último le hubiese manumitido despues de haberle sido vendido otra vez por el comprador, §. *ult. inf. de leg. agn. suc.* Todo esto á semejanza del patrono, á quien ya antiguamente la ley de las doce tablas llamaba á la sucesion del liberto muerto sin testamento ó sin hijos, *inf. de succes. liber.* Con todo, no se ha igualado enteramente al padre con el patrono, de modo que tambien sus hijos sean llamados á la sucesion ó posesion de los bienes *contra tabulas, l. 1. §. liberos 5. si á par. quis man.*, ni que se dé al padre la accion Calvisiana, *l. 2. eod. tit.*, ni por último de modo que pueda estipular trabajos de su hijo, *l. 4. eod.* Por derecho novísimo se ha determinado el modo de suceder, y segun él el padre manumisor no tiene el derecho de *patrono* en cuanto al emolumento de la sucesion, *Nov. 118. cap. 2. Nov. 115. cap. 4.*

Tutelam ejus nanciscitur). Consecuente era el dar el cargo de la tutela á aquel que esperaba la sucesion, *l. 1. de legit. tut.* (a) Trátase de esta tutela *infr. tit. 18.*

« Por la ley de 14 de Abril de 1838 las « emancipaciones se conceden solo por el Rey, « fundándose en causas justas y razonables. « Para ello los que la solicitan deben acudir « directamente á la Audiencia del territorio « presentando la solicitud para S. M. y los « documentos en que se funden. La audien- « cia dirigirá la solicitud al juez de 1.ª ins- « tancia competente, quien abrirá un expe- « diente informativo, oirá por via de ins- « truccion á las personas ó corporaciones que « puedan tener interes en el asunto, admitirá « las justificaciones de los interesados, las re- « cibirá en su caso de oficio, y devolverá á « la audiencia el expediente original con su « informe. La audiencia, oyendo al fiscal exa- « minará si el expediente se halla debida- « mente instruido, y no estándolo, ampliará « convenientemente la instruccion, y cuando « esta se halle completa elevará igualmente « original el expediente al gobierno con la « censura fiscal, informando por su parte lo « que se le ofrezca y parezca. *Real órden de « 19 Abril de 1838.*

« Esta ley está vigente tambien en Catalu- « ña, quedando por consiguiente derogadas « cualesquiera prácticas que hubiere en con- « trario. »

TEXTO.

Si alii emancipentur, alii remaneant in potestate.

7. Admonendi autem sumus, liberum arbitrium

(a) L. 10 tit 16. P. 6. vers. E por ende.

esse et, qui filium, et ex eo nepotem vel neptem in potestate habet, filium quidem in potestate dimittere, nepotem veró vel neptem retinere, et é converso filium quidem in potestate retinere, nepotem veró vel neptem manumittere: vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote et pronepte dicta esse intelligitur.

TRADUCCION.

Si unos son emancipados, y otros se retienen bajo la potestad.

Debemos advertir que aquel que tiene en su potestad á un hijo y de él un nieto ó nieta, puede libremente emancipar al hijo y retener en su poder al nieto o nieta, y por el contrario retener al hijo y manumitir al nieto ó nieta, ó hacerlos á todos dueños de sí mismos, entendiéndose dicho lo mismo del biznieto ó biznieta.

NOTAS.

7. *Nepotem manumittere*). Adviértase que respecto al hijo de familias es lo mismo *manumitirle* que librarle de la potestad; hacerle dueño de sí mismo que *emanciparle*.

COMENTARIO.

Todo este párrafo está copiado de Cajo, *l. liberum* 28. *de adopt*. Pregúntase aquí si ha de esplorarse la voluntad de aquel que es manumitido por el padre, ó bien si puede ser emancipado á pesar suyo. Y creo que aquí debe responderse lo mismo que se dice de aquel que es dado en adopcion por el padre, §. *sig. l. neque absens* 24. *de adopt. l.* 5. *C. eod.*; á saber, que no se requiere que consienta expresamente. Con todo, no debe disentir ó contradecir, *arg. l. pen. in fin. C. de emanc. lib. Nov.* 89. *cap.* 11. (a) Paulo tambien *lib.* 2. *sent.* 25. *al fin.* escribe, *que el hijo de familias no es emancipado á pesar suyo*; empero, si se entiende consentir aquel que calla, y cuando esto suceda, no es propio de este lugar el discutirlo. Tratan esta cuestion Jo. Fab., Ang. y Myns. en este lugar.

« Acerca lo que se observa en España sobre el particular véase el §. 3. *de pat. pot.*; y además adviértase que segun la *l.* 16. *tit.* 18. *P.* 4., el hijo menor de siete años no puede ser emancipado sino por rescripto del Príncipe, aunque segun hemos visto en el §. anterior, esto es actualmente extensivo á todos los hijos en general por la ley de 18 Abril de 1858 »

(a) L. 17. tit. 18 P. 4.

TEXTO.

De adoptione.

8. Sed et si pater filium, quem in potestate habet avo vel proavo naturali secundum nostras constitutiones super his habitas in adoptionem dederit: id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit; præsente eo qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo præsente qui adoptat; solvitur quidem jus potestatis patris naturalis: transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona et adoptionem esse plenissimam antea diximus.

TRADUCCION.

De la adopcion.

Si el padre diere, conforme á lo dispuesto en nuestras constituciones acerca de esto promulgadas, al hijo que tiene en su potestad en adopcion al abuelo o bisabuelo natural; esto es, si manifestare esto mismo, interviniendo las actas, ante el Juez competente á presencia del adoptado que no lo contradiyese, y tambien del adoptante, disuélvese el derecho de potestad del padre natural, pasando á semejante padre adoptivo, en cuya persona ya antes dijimos que tenia lugar una adopcion plenísima. (b)

COMENTARIO.

1. *Antiguamente nadie podia ejercer una accion de la ley en nombre de otro, y esto se continúa observando en los actos de voluntaria jurisdiccion*
2. *Los actos de voluntaria jurisdiccion no pueden celebrarse ante aquel á quien esta se ha delegado.*

Avo vel proavo naturali). Pues si se da en adopcion á un extraño quedan íntegros los derechos del padre natural, *l. pen. C. de adopt.* §. 2. *sup. eod*, en donde se ha explicado esto.

Apud competentem judicem). No ante un juez pedáneo, que no tiene jurisdiccion ninguna, sino ante un Magistrado, que tenga la accion de la ley, como ya dijimos en el §. 6. *de este tit.*

Et non contradicente). Tambien tratamos de esto hace poco, (c). Este lugar está copiado de la *l. ult. C. de adopt.* Véase la *l.* 5. *ff. eod.*

1. *Nec non eo præsente qui adoptat*). El ausente no puede adoptar, *l. post mortem* 25. §. 1. *de adopt.* porque segun aquí dice el Jurisconsulto nadie puede celebrar por otro semejante solemnidad, y á esto creo que se refiere aquella regla de derecho que dice en general; *que ninguno puede ejercer en nom*

(b) L. 10. tit. 16 P. 4.
(c) L. 1. tit. 16. P. 4.

tiene la accion de la ley, *l. nemo* 123. *de regul. jur.* Esto antiguamente fué comun á todas las acciones de la ley, aun á aquellas por las que los ciudadanos disputaban entre sí, y que pertenecian á la jurisdiccion contenciosa, *arg. pr. tit. de his per quos ag. poss. inf. lib.* 4. Mas despues empezó á ser propio tan solo de algunos, y principalmente de aquellos actos que tienen lugar sin contradiccion de parte, y que se llaman de voluntaria jurisdiccion: tales son la manumision, adopcion y emancipacion, las que conservaron su antigua naturaleza, *l.* 5. *C. de vind. lib.* 1. *neque* 24. *y l. seq.* §. 1. *de adopt.*, como tambien la nueva adopcion de Justiniano, segun se vé aqui y en *d. l. ult. C. de adopt.*

2. Tambien es probable que se observase lo mismo respecto de la persona del Magistrado; pues pienso que semejante acto no podia delegarse por los Magistrados, y que delegada la jurisdiccion no pasaba á aquel que la recibia, contra lo que vulgarmente opinan los doctores, *arg. l.* 1. *C. de adopt. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *de off. proc.*, por cuyas leyes sabemos que los actos de voluntaria jurisdiccion solo pueden celebrarse ante aquel que tiene la accion de la ley; aquel empero, á quien se ha delegado la jurisdiccion no tiene esta facultad, ni en él reside la accion de la ley. Con todo parece se opone á esto la *l.* 17. §. 1. *de man. vind.* Cujacio, 1. *obs.* 1. *y* 15. *obs.* 19. pone una negacion: otros en vez de *apud legatum ejus,* leen *Cæsaris*, creyendo que el error nace de las palabras *ejus y Cæsaris.* VINN. Esta última correccion es tan violenta como la primera: yo encuentro aqui entre la *l.* 17. §. 1. *ff. de man. vind.* y la *l.* 2. *y* 3. *ff. de off. procon.* una contradiccion, nacida tal vez de que Tribonia no habla de los legados de los Césares en vez del cónsul; pues es fácil equivocarse en las palabras *legatus proconsulis y legatus proconsule.* Aquel tenia una jurisdiccion delegada; este la tenia propia como á presidente de la Provincia, y por lo tanto tenia la accion de la ley, *l.* 2. *y l.* 17. *ff. de off. Præf.* HEIN.

Transit autem in parentem adoptivum). Por medio de la adopcion no se hace dueño de sí mismo el hijo de familias, sino que, ó pasa á una familia agena, ó queda en la potestad del padre natural.

TEXTO.

De nepote nato post filium emancipatum.

8. Illud scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua: nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit; patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur.

TRADUCCION

Del nieto nacido despues de la emancipacion del hijo.

Conviene saber que si tu nuera hubiere concebido de tu hijo, y emancipares á este, ó le dieres en adopcion durante la preñez de aquella, con todo lo que de esta naciere estará en tu poder; mas si fuere concebido despues de la emancipacion ó de la adopcion queda sujeto á la potestad de su padre emancipado ó del abuelo adoptivo.

COMENTARIO.

El nieto entra en la familia, no desde el tiempo de su nacimiento, sino desde el de la concepcion, pues desde este se considera que ya existe, *l.* 7. *l. pen de stat. hom.* Ulp. *tit.* 5. §. 9. Así, aquel que fué concebido antes que el padre fuese excluido del Senado, se considera hijo de Senador, *l.* 7. §. 1. *de senat.* Y por la misma razon se ha respondido, que la condicion, *si muere sin hijos*, ha faltado si el hijo ha sido concebido antes de la deportacion del padre, aunque haya nacido despues, *l. ex facto* 17. §. *ex facto* 5. *ad sen Treb.*

«Por lo que hace á España véase lo que «dijimos en el tantas veces citado §. 3. *de* «la pat. pot.»

TEXTO.

An parentes cogi possint, liberos suos de potestate dimittere?

10. Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo pœne modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere.

TRADUCCION.

Si se puede obligar á los padres á emancipar á sus hijos?

Ni los hijos naturales ni los adoptivos pueden casi de ningun modo obligar á sus padres á que les manumitan. (a)

COMENTARIO.

Así como los hijos que desde un principio fueron dueños de sí mismos, ó que despues fueron emancipados no vuelven contra su voluntad al poder del padre, *l. ult. de his*

(a) L. 17. tit 18. P. 4.

qui sui vel al jur. Nov. 80. *cap.* 11. asi por el contrario tampoco los hijos constituidos en la patria potestad pueden obligar á sus padres á que les emancipen, *l. non potest* 31. *de adopt. l. nec avus* 4. *C. de emanc. lib.* (a), en cuyo lugar puede verse la razon de esta disposicion.

Pæne). Dice *pæne*; esto es, *casi*; porque en ciertas ocasiones, aquellos que desean ser emancipados son atendidos, como sucede con el impúbero que ha sido adoptado en llegando á la pubertad, *l. non numquam* 32 *de adopt.* y tambien á algunos otros si hay para ello justa causa es equitativo oirles: por ejemplo, si el hijo es impelido por el padre a cometer torpezas, *l. si lenones* 12. *Cod. de episcop. aud*, ó si fuere educado contra lo que exige la religion, *l. ult. si á par. quis man.* Tambien es obligado á emancipar á su hijo el padre que recibe un legado bajo esta condicion, *l. si cui* 92. *de condit. et demon.* (b) Y por derecho novísimo salen de la potestad del padre los hijos si aquel contrajo nupcias incestuosas, *Nov.* 12. *c.* 2. (c)

« En España ademas de los modos enumerados en este titulo se disuelve la patria potestad por las nupcias bendecidas del hijo, de modo, empero, que no bastan las nupcias, sino que han de ir acompañadas de la bendicion, segun la *l.* 5. *tit.* 5. *lib.* 10. *N. R.* que es la 47 *de Toro*, y allí Ant. Gomez y otros. Pero Antonio de Torres en sus instituciones §. 1. *h. t.*, insiguiendo á Martin Gall. quiere que no sea necesaria la bendicion, sino que baste el solo matrimonio debidamente celebrado, deduciendo algunos absurdos de la opinion contraria. Pero á ellos se responde fácilmente, diciendo que los casos que él refiere son fortuitos y adventicios y que por lo mismo no se tienen en cuenta. Tambien se disuelve la patria potestad por exponer los hijos en un hospital ú otro lugar. *L.* 1. *tit.* 23. *lib.* 4. *F. R. L.* 4. *tit.* 20. *P.* 4. *L.* 3. *tit.* 37. *lib.* 7. *N. R.*»

« Por derecho de Cataluña se extingue tambien el poder patrio por el casamiento del hijo hecho con consentimiento del padre, aunque no parece exigirse la bendicion. V. *cap.* 67. *del Recognoverunt Proceres tit.* 15 *lib.* 1. *vol.* 2. *de las Const. de Cataluña.*

TITULO DECIMO TERCIO.

De las tutelas.

CONC. CON EL TIT. 1. LIB. 26. DEL DIG. Y CON LA NOV. 72. (d)

Razon del método.

Hasta aquí se ha hablado de aquellos que están sujetos á potestad agena, los que están comprendidos en la primera parte de la division puesta arriba en el *tit.* 8. Falta ahora que hablemos de los que son dueños de si mismos, que son los que contiene la otra parte de la dicha division.

TEXTO.

De personis sui juris.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt; quædam vel in tutela sunt, vel in curatione; quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, qui in tutela vel curatione sunt. Ita enim intelligemus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his, qui in tutela sunt.

TRADUCCION.

De las personas dueñas de si mismas.

Pasemos ahora á la otra division de las personas; pues entre las que no están sujetas á potestad de otros, las hay unas que estan en tutela, otras en curaduría y otras que no estan en ninguna de las dos. Tratemos, pues, de los que estan en tutela ó en curaduría; pues así sabremos las otras personas que no estan á ellas sujetas, y en primer lugar hablemos de los que estan en tutela.

COMENTARIO.

1. *Resúmen de los demas capitulos de este libro*

1. *Nam ex his personis*). De los que son due-

(a) D. l. 17.
(b) L. 18. tit. 18. P. 4.
(c) L. 6. tit. 18. P. 4.
(d) Tit. 16 P. 6. Tit. 4. lib. 5. vol. 1. Const. de Cat.

ños de si mismos, unos estan en tutela, otros en curaduría, y los demas en ninguna de las dos; constituyendo esta diferencia una subdivision del último miembro de la division que mas arriba mencionamos. En esta parte primeramente se explica lo que sea tutela; luego se espone por su órden cada una de sus especies, hablándose en seguida de la fuerza y efecto de la misma, ó sea de la autoridad de los tutores; y finalmente de los modos como la tutela acaba. De ahí se pasa á la curaduría y á los curadores, explicándose en último lugar las fianzas, excusas y sospechas que son comunes á entrambos cargos.

In potestate non sunt). A saber, la potestad patria ó la señoril; en la cual aquellos que están en ella no son dueños de sí mismos aunque por otra parte la tutela es una especie de potestad, (cuya palabra significa otras muchas cosas, *l. potestatis* 215. *de verb. signif.*) pero potestad que no pertenece al estado y cabeza de aquel que está en la tutela, ni está introducida para utilidad del tutor, como lo están la patria y señoril para la del padre y señor; pues el pupilo no está en el poder y familia del tutor, sino que es dueño de si mismo, ni adquiere para aquel, sino para sí segun Sparciano en *Aureliano*.

TEXTO.

Tutelæ definitio.

1. **Est autem tutela (ut Servius definivit) vis ac potestate in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa.**

TRADUCCION.

Definicion de la tutela.

La tutela es, segun Servio la definió, fuerza y potestad en una cabeza libre para defender á aquel, que por su edad no puede defenderse, dada y permitida por el derecho civil. (a)

NOTAS.

1. *Vis ac potestas*). Así se dice en el §. sig. y Servio en la *l.* 1. *h. t.* Estas dos palabras tambien se unen en el §. 3. *inf. de interd. l.* 17. *de legib. l.* 7. *Cod. de cod.* Cic. 1. *de nat. Deor*. La Glosa de las Basilicas la llama δύναμις καὶ ἐξουσία (fuerza y potestad) y Teófilo δίκαιον καὶ ἐξουσία, esto es, derecho y potestad, significándose con estas palabras la facultad y derecho de hacer alguna cosa en virtud de la autoridad concedida.

(a) L. 1. tit. 16. P. 6.

In capite libero). Este modo de hablar es un arcaismo, en vez de *in caput liberum*, como se dice en las doce tablas: *in eo pecunia que ejus potestas esto*; y tambien en la fórmula de la arrogacion, Gell. 5. 19. *y* Cic. *pro dom.* Dicese *cabeza libre* entendiéndose el pupilo y la persona que es dueña de sí misma *d. c.* 19.

Per ætatem). En Florentino se encuentra *Propter ætatem*, *l.* 1. *eod.* y en Ulp. *tit.* 11. *Propter ætatis infirmitatem.*

COMENTARIO.

Vis ac potestas). Así tambien se dice en la *l.* 1. *pr. D. eod.* Estas dos palabras *fuerza* y *potestad* se ponen en lugar de género, uniéndose entrambas con mucha frecuencia como en la *ley scire* 17. *de legib.* § *adipiscendæ* 3. *inf. de interd.* y significan δύναμιν, ἐξουσίαν, ó sea la facultad ó derecho de hacer establecer alguna cosa en virtud de la autoridad concedida, ya sea acerca de la persona del pupilo, ya acerca de la administracion de las cosas pupilares. La homonymia de la palabra potestad es bien conocida.

In capite libero). Este es el objeto de la tutela, y se dice asi segun un antiguo modo de hablar, en vez de *in caput in liberum*. Lo mismo tambien sucede en las doce tablas al decirse: *Si furiosus existat agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Y en la fórmula de la arrogacion que se encuentra en *Agell.* 5. *cap.* 12. *Utique et vitæ necisque in eo potestas fiet.* Los antiguos llamaban al hombre libre, *cabeza libre*. Cit. 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Liv. *lib.* 34. *cap.* 21. *Libera capita sine pretio dimisit.* De ahí es que en Plauto *Mercat. act.* 7. *sc.* 2. *v.* 41 *seg.*, *hacer una cabeza libre* se dice en vez de *manumitir*, dando muchas veces este nombre á aquellos que eran ya dueños de sí mismos como lo hace Agelio en *d. lug.* al llamar *cabeza libre*, esto es, dueño de sí mismo al pupilo. Hay algunos que quieren se refiera esta palabra al tutor, en lo que no encuentro inconveniente.

Ad tuendum eum). Estas palabras indican el fin de la tutela y á la vez los deberes del tutor; pues estando la tutela constituida en favor de los pupilos todo debe referirse á la utilidad de los mismos. Así es, que distinguen la tutela de la patria potestad, en que esta está introducida principalmente en favor del padre, lo propio que la señoril en favor del dueño, consistiendo su fuerza, no menos en reprimir, que en proteger al hijo. Dícese ademas que el tutor se dá principal-

mente á la persona, no á una determinada cosa ú objeto (a), en lo que se diferencia del curador, §. 4. *seq. tit. junut.* §. 2. *inf. de curat.*

Qui per ætatem se ipse defendere). Con estas palabras se diferencia la tutela de la curaduria, la cual está introducida en favor de todos aquellos que no pueden administrar sus cosas por una causa diferente de la edad; cuales son los furiosos, pródigos, mentecatos y los sujetos á una enfermedad crónica, §. 3. *y* 4. *inf. de Curat.* En Florentino se encuentra *propter ætatem* Teófilo traduce, διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές, es decir, por debilidad de la edad.

Jure civili). Esta cláusula no es necesaria en la definicion, habiéndola puesto para que alguno no piense que esta potestad puede temerariamente por su sola voluntad usurparse por alguno, ó que pertenece á aquellos que no son ciudadanos Romanos; pues aunque la tutela traiga su origen del derecho de gentes, se refiere con todo al derecho civil, del mismo modo que muchas otras cosas; como son las nupcias, la patria potestad, los testamentos, y otras semejantes.

Data ac permisa). Dáse la legitima; esto es, los tutores legitimos son llamados por la ley á la tutela inmediatamente, sin que intervenga hecho ninguno por parte del testador ó magistrado, *l.* 5. *in pr. y l.* 6 *de leg. tut.* Permítese aquella que se ha dado primero en testamento ó ha sido dada por el Magistrado, aquella por la ley de las doce tablas, *l.* 1. *de test. tut.*; esta por otras leyes y constituciones, *inf. de Atil, tut.* Y de ahí puede sacarse como de una causa eficiente otra division de la tutela, en parte próxima y en parte remota. VINN. Así es como vulgarmente se interpreta esta definicion de Servio; mas definiendo este la tutela en general, y perteneciendo esta en aquel tiempo no solo á los impúberes si que tambien á las mugeres que no estaban en poder de nadie, sin duda ninguna Triboniano la mudó alguno tanto. Segun mi parecer la definicion de Servio fué como sigue: *la tutela es la fuerza y potestad*, (esto es la potestad en las mugeres, la fuerza y la potestad á la vez en el pupilo), *en cabeza libre* (pupilo ó mujer,) *para defender á aquel ó aquella que por su edad ó debilidad de su sexo no puede defenderse, dada* (como es la tutela pupilar) *ó permitida* (esto es, tácitamente introducida por las costumbres, como por ejemplo, la tutela de las mugeres) *por el derecho civil* (ó sea espresamente). En otra parte demostraré esto. Solo añado que Constancio Harmenopulo, *l.* 5. *c.* 11. §. 1. restituyó lo que creemos omitido por Triboniano al decir: ἢ διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές, ἢ διὰ τε τῆς ἐμπραγίας ἀσθενία ἐπιτετραμμένη, esto es, *ó permitida por la debilidad de la edad ó por la impericia en administrar sus cosas.* Quién habrá que dude que Harmenopulo siguió en esto á sus autores? HEIN.

(a) L. 1. tit. 6. P. 6.

TEXTO.

Definitio et Etymologia tutoris.

2. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicuti Æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

TRADUCCION.

Definicion y etimologia de la palabra tutor.

Los tutores son aquellos que tienen esta fuerza y potestad y tomaron el nombre de la misma cosa; así es, que se llaman tutores como cuasi protectores y defensores, del mismo modo que se llaman Edituos los que cuidan de reparar las casas.

COMENTARIO.

Qui eam vim ac potestatem). Si la tutela es una potestad destinada para defender á aquel que está en tutela, el que tenga esta potestad se llamará muy bien tutor por un argumento de analogia.

Tutores sive tuitores). Esta es la etimologia de la palabra tutor, *l.* 1. §. 1. *eod.* Para los antiguos tutela era lo mismo que *tuitio* ó proteccion, del mismo modo que *cautela* era para ellos lo propio que caucion.

Sicuti æditui). Edituo es el pretor de los templos; esto es, el que cuida de ellos, segun Festo. Los antiguos le llamaban *Æditumus* si hemos de dar crédito á Gell. *lib.* 12. *cap.* 10. Scevola les llama ἱεροφύλακα es decir sacristanes, *l.* 20. §. 1. *de ann. legat.* VINN. Véase sobre esto al ilustre varon Car. Andr. Dukerus *de Latinit. JC. t. vet. p.* 28., en donde se verá una defensa de esta etimologia contra la critica de L. Valla. HEINN.

TEXTO.

Quibus testamento tutor datur, et primum de liberis in potestate.

3. Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in protestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo: nepotibus vero neptibusque ita demum parentibus

possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit; nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutores habere, quamvis in potestate tua fuerint; scilicet quia mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.

TRADUCCION.

A quienes se da tutor en testamento, y en primer lugar de los hijos que estan en la patria potestad.

Permítese á los padres nombrar tutores en testamento para los descendientes impúberos que estan en su potestad (a). En cuanto á los hijos é hijas no hay en esto dificultad ninguna; mas en cuanto á los nietos ó nietas solo pueden los padres nombrarles tutores en testamento, si despues de la muerte de los testadores no han de recaer en la potestad de los padres. Asi, si tu hijo al tiempo de tu muerte está en tu potestad, los nietos de él nacidos no podrán tener tutores por tu testamento, aunque estuvieren bajo de tu potestad, á causa de que despues de tu muerte han de recaer en la de su padre.

NOTAS.

3. *Liberis impuberibus*). Y tambien á los desheredados, *l.* 4. *de test. tut.*, no obstante la *l.* 73. §. 1. de reg. jur.; pues la desheredacion no extingue el derecho de heredero suyo, ni hace al impúbero dueño de sí mismo, §. 4. *inf. de pup. subst.*

Quos in potestate habent). La tutela testamentaria se funda en el derecho de patria potestad. *l.* 40. *de adm. tut. l. de test. tut. d. l.* 73. §. 1. y así ni el padre puede nombrar tutore á su hijo emancipado, ni la madre á sus descendientes; sino que será en este caso indispensable la confirmacion, *tit. de conf. tut. D.*

Testamento). Despues de introducidos los codicilos empezaron á darse tutores en los codicilos confirmados por testamento, *l.* 3. *de test. tut.*

In potestatem patris). *L.* 1. §. *ult. eod.* Y la razon de esto es porque aquel que está en la potestad del padre no puede tener tutores, ni pueden estos darse sino al heredero suyo, *l.* 73. §. 4. *de reg. jur.* §. 2. *inf. de hær. qual.*

Non poterunt ex testamento, etc.) Con todo, hay un caso en que puede darse validamente tutor al nieto cuyo padre vive aun, y está en nuestra potestad, *l.* 10. §. 2. *de test. tut.*

COMENTARIO.

Tres son las especies de tutela; á saber, la testamentaria, la legítima y la Atiliana ó dativa (a); las que explica el emperador por su órden, empezando por la testamentaria que es preferida á las otras dos *inf. tit.* 15. *in pr. l.* 9. §. 1. *in fin. de tut. et rat. dist.*, del mismo modo que en las sucesiones es mejor la condicion de los herederos testamentarios, que la de los ab intestado, *l. quamdiu* 39. *de acq. hær. l.* 89. *de reg. jur.* Dícese aquí que es permitido á los padres dar tutores en testamento á sus descendientes impúberos, que estan bajo su potestad, comprendiendo en pocas palabras la persona del que los da, la de aquel á quien se dan, y la forma y modo de darlos. En la persona del que los da se exige que sea ascendiente; en la de aquellos á quienes se dan que sean descendientes impúberos, y que estén en la potestad del que los nombra (b); habiendo algunos que ponen un cuarto requisito, á saber, que sean instituidos herederos, contra el texto expreso de la *l.* 4. *de test. tut.*, y contra el derecho de la antigua patria potestad, *arg.* §. 4. *inf. de pup. subst.* Respecto del modo de nombrarles se exige que sean dados en testamento, considerándose como tal aquel que ha sido nombrado en codicilos confirmados por testamento, *l.* 3. *de test. tut.*

In filios filiasque etc.). La ley de las doce tablas empleó la palabra general *descendientes* sin hacer distincion de sexo ni grado. Asi pues, ya sean mujeres, ya varones; ya hijos, ya nietos, (pues todos estos se comprenden bajo la palabra descendientes) aquellos á quienes se dan tutores, §. *ult. sig. tit.* es válido el nombramiento. Con todo, respecto los nietos únicamente valdrá en el caso en que despues de la muerte de su abuelo no recaigan en la potestad de su padre; pues aquel que está en ella no puede tener tutores, *hoc. tit. in pr.* Por otra parte, el nieto mientras su padre le precede en la familia, no es heredero suyo del abuelo, §. 2. *inf. de hær. qual. et diff.*, y el tutor solo puede darse á los herederos suyos, *l. quo tutela* 73 §. 1. *de reg. jur.*

«No estando en España los nietos, como «tantas veces hemos dicho, bajo la potestad «del abuelo, no podrá este *ipso jure* darles «tutor en testamento; ni aun en el caso en «que fueren sus herederos necesarios; á sa-«ber, si muriese el padre de los mismos du-«rante la vida del abuelo. Pues exigiéndose en «el que da tutor la patria potestad por la *l.* «3. *tit.* 16. *P.* 6., (la que en esto no aparece «corregida por la recopilada), será la misma

(a) L. 3. tit. 16. P. 6.

(a) L. 2. tit. 16. P. 6

(b) L. 3. tit. 16. P. 6.

«absolutamente necesaria, por cuanto por un «derecho nuevo no se entiende corregido «mas que lo que especialmente se expresó, «dejando lo demas conforme á las antiguas «leyes, *l.* 32 *C. de appell.* Inútilmente pues, «disputa en contrario Torres en el §. 3. *h. t. «vers. suis hæredibus.* Vide mas abajo en el «§. 2. *de la cualidad y dif. de los hered.*»

TEXTO.

De posthumis.

4. Quum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur; et in hac causa placuit non minus posthumis, quàm jam natis tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui hæredes, et in potestate eorum fierent.

TRADUCCION.

De los póstumos.

Considerándose en muchos otros casos los póstumos como ya nacidos, tambien en este se dispuso que pudiesen nombrárseles tutores, no menos que a los nacidos; con tal que si naciesen durante la vida de los padres, debiesen hacerse herederos suyos, y estuviesen en la potestad de estos. (a).

NOTAS.

4. *Pro jam natis*). Esto sucede siempre que se trata de su utilidad como aqui, *l.* 7. *l. pen. ff. de stat. hom.* A los otros, empero, no aprovecha sino siendo ya nacidos. *l.* 231. *de verb. sign.*, habiendo un ejemplo de ello en la *l.* 2. §. 6. *de exc. tut.*

Sui hæredes, et in potestate). *L.* 73. §. 1. *de regul. jur.* Ni deja de valer el nombramiento de tutor si ha nacido durante la vida del padre, *l.* 16. §. *ult. de test. tut.*

COMENTARIO.

Lo que se ha dicho acerca del nombramiento de tutor para los descendientes ya nacidos, hácese aqui extensivo tambien á los póstumos; esto es, á aquellos que al tiempo de hacerse el testamento estan aun en el útero; y dice el emperador que tambien á estos puede dárseles tutor en testamento por la razon de que aquellos que estan en el vientre de su madre, en muchas cosas del derecho se reputan por nacidos; á saber, siempre que se trata de su utilidad, como en el caso propuesto, *l.* 7. *et pen de stat. hom.*

(b) Tambien podia tomarse la razon del derecho de patria potestad, *arg.* §. 1. *inf. de exhœred. lib.* §. 4. *inf. de pup. subst.*

Sui hæredes et in potestate): Del mismo modo que ninguno puede dar tutor á los descendientes ya nacidos, á no ser á aquellos que al tiempo de su muerte están en su potestad, y son herederos suyos: asi tambien sucede con los póstumos á quienes no puede nombrarse tutor sino á los que, si naciesen durante la vida del padre serian herederos suyos, y estarian en su potestad. Entrambas cosas explica con pocas palabras Q. Mocio al decir: *ninguno puede nombrar tutor, sino á aquel a quien tuvo ó habria tenido, si hubiese vivido, en el número de los herederos suyos, l. quo tutela* 73. §. 1. *de req. jur.* Hay, con todo, un caso en que vale el nombramiento de tutor para un nieto cuyo padre sobrevive y está en nuestra potestad, *l.* 10. §. 2. *ff. de test. tut.*

TEXTO.

De emancipatis.

5. Sed et si emancipato filio tutor á patre datus fuerit testamento; confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, id est sine inquisitione.

TRADUCCION.

De los emancipados.

Si el padre nombrare en testamento tutor para un hijo emancipado, deberá aquel ser confirmado por la sentencia del Presidente simplemente, esto es, sin inquisicion.

NOTAS.

5. *Emancipato filio.*) Otro tanto sucede si se ha dado tutor á un hijo no emancipado en codicilos no confirmados, *l.* 1. §. 1. *de confir. tut. D.*

Omnimodo). Asi sucede la mayor parte de las veces, *d. l.* 1. §. 2.; pues en algunos casos el Pretor se aparta de la voluntad del padre, *l.* 9. *et.* 2. *seq. eod. l.* 4. *de test. tut*

Sine inquisitione). Y tambien sin fianza, *d. l.* 4. *d. l.* 1. §. 2. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* El tutor nombrado por la madre al hijo que ha instituido heredero, (pues que al desheredado no puede dárselo, *d. l.* 4.) no presta caucion; pero es confirmado con inquisicion, *l.* 2. *de conf. tut. d. l.* 4. En la *l.* 4. *C. de test. tut.* debe quitarse la negacion que se encuentra en aquel lugar, *Quando autem eos hæredes* (non) *insti tuerit.* Cujacio, Fabroto.

(a) L. 3. tit. 16. P. 6. Vers. Eso puede.

(b) L. 2. tit. 23. P. 4.

COMENTARIO.

Por qué circunstancias se puede conocer si el nombramiento de tutor ha sido bien hecho?
En qué se diferencia la confirmacion del tutor que no ha sido bien nombrado por el padre, de la de aquel que ha sido nombrado por la madre ó por un extraño?
Explicacion de la l. 4. C. de test. tut.
Los tutores confirmados deben reputarse dativos, y no testamentarios.

1. *Emancipato filio*). Dijimos en el *tit. sec.* §. *præterea*. 6. que los hijos salian de patria potestad por medio de la emancipaon (a) por cuya razon el padre no mombra en derecho ninguno ni en virtud de lo prescrito por la ley de las doce tablas, tutor para hijo emancipado. No obstante, el tutor asi nombrado es confirmado por la autoridad el magistrado, simplemente ú *omnimodo*, segun se expresa aquí Justiniano; esto es, sin inquisicion sobre si es ó no idóneo. Este lugar parece que exige tratemos algo mas extensamente de lo que aqui se ha hecho sobre la confirmacion de los tutores. Si el tutor ha sido ó no nombrado conforme á derecho, se conoce principalmente por estas tres circunstancias: por la persona del que le nombra, si es ascendiente; por la persona de aquellos á quienes se da, si son descendientes impúberos, y están en la potestad del que le nombra; por el modo de darle, si ha sido en testamento ó en codicilos confirmados por testamento, §. 5. *sup. eod.* Por lo que, si alguno sin ser ascendiente nombrase tutor ó aunque lo fuere lo diese á unos descendientes que si bien son impúberos, con todo no están en su potestad; ó no le diere en testamento ó en codicilos confirmados, el nombramiento será nulo *ipso jure.* A pesar de ello, y en favor de la reverencia y afecto de los que nombraren ilegitimamente tutores á los impúberos, se ha establecido que se supla lo que faltare por el Magistrado, y que se confirmen los tutores nombrados, *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.* (b)

2. Esta confirmacion es de varias especies; pues hay diferencia entre el nombramiento hecho contra la ley por el padre, ó el hecho por otro diferente de este. El nombrado por el padre contra derecho en testamento, ó en codicilos no confirmados, ó de cualquier otra manera para un hijo emancipado debe simplemente ser confirmado; esto es, sin inquisicion y sin exigírsele fianza, *l.* 1. §. 2. . 3. *l.* 6. *ff. de confirm. tut.* á no ser que por alguna razon en ciertos casos tenga lugar la inquisicion, como en la *l.* 8. *et seq. d. t. l.* 4. *de test. tut. l.* 3. §. 3. *de adm. tut.* En los hijos naturales se distingue tambien si el padre que les nombra tutor les deja algo ó no, *l.* 7. *d. tit. l. ult. C. eod.* Si otro que el padre nombrare el tutor; sea la madre, el patrono ó un extraño, no se confirma el nombramiento, á no ser que el impúber esté instituido heredero, *l.* 4. *de test. tut. l.* 4. *de conf. tut.* (c); siendo esta la razon de sostenerse este nombramiento, *d. l.* 4. *de confirm. tut.*, y de ser necesaria la inquisicion, *l.* 2. *l.* 5. *d. tit. l. qui in tutelam* 28 §. 2. *de test. tut.* Diferenciase este último tutor del otro, en que el nombrado por la madre no está sujeto á afianzar, sino que es confirmado por el mismo Pretor con inquisicion, *l.* 2. *de conf. tut.*; y los demas ordinariamente suelen remitirse á los Magistrados municipales para que los confirmen despues de prestada la fianza, *l.* 5. *d. tit.*

3. Lo que dijimos de que el tutor dado por la madre no puede ser confirmado, á no ser que haya instituido heredero al hijo, parece oponerse á lo que se dice en la *l.* 4. *C. de test. tut.*, de que se acostumbra á confirmar al tutor nombrado por la madre para los hijos no instituidos. A esto responden algunos, que esto se acostumbra no por alguna disposicion expresa del derecho, sino por el uso, lo que no me parece bien, pues que conservando la negacion, la disposicion de la ley seria que el tutor dado por la madre á los hijos instituidos se debe considerar bien dado sin que necesite de confirmacion, mas no asi el dado á los no instituidos, esto es, á los preteridos ó desheredados; lo que es manifiestamente falso. Se hace preciso, pues, quitar en *d. l.* 4. como lo hacen Cujacio y Fabroto la negacion de aquellas palabras: *Quando autem eos hæredes* (non) *instituerit*; de cuyo modo, es decir, sin la negacion, se encuentra segun Pacio en algunos códigos; y así todo concuerda entre si, y con la razon del derecho. Para que alguno, de lo que simplemente dijo el Emperador, que no puede la madre dar tutor en testamento á los hijos, sino á los instituidos herederos, no pensare que instituyéndoles vale el nombramiento *ipso jure*, declára en seguida el modo como debe entenderse lo dicho; á saber, que ni aun cuando la madre da tutor á los hijos instituidos vale la dacion *ipso jure*, sino que suele confirmarse por los Presidentes. Y así no hay contradiccion en las palabras siguientes, *Nullo vero ex his interveniente etc.*; á

(a) L. 15. tit. 18. P. 4.
(b) L. 8. tit. 16. P. 6.

(c) L. 8. tit. 16. P. 6. vers. Otro si.

saber si la madre diere tutor al hijo no instituido ó el dado al instituido no fuere confirmado. Tambien al hijo desheredado puede el padre dar tutor, *l.* 4. *l.* 26. §. 2. *l.* 31. *de test. tut.*; pues la desheredacion se hace por derecho de patria potestad, que es el que delega la tutela.

4. Los tutores asi confirmados pueden comprenderse en la misma especie que los testamentarios; en primer lugar, porque se dicen confirmados como si fueren tutores testamentarios, *l.* 3. *eod.*, á no ser que los dados por la madre ó un extraño sean confirmados con inquisicion, lo que no muda la naturaleza del tutor, *argum.* *l.* 8 *et seg.* *eod.* Además la confirmacion no pende de la voluntad y sola potestad del confirmante; sino que existe en la misma necesidad del derecho; pues el pretor está obligado á confirmar el nombrado (a) y á seguir la voluntad del difunto, la que se tiene principalmente en consideracion, *l.* 1. §. *eod.* *l.* *Nesennius* 32. *de excus.* De donde se deduce, que aun antes de ser confirmados se reputan por testamentarios; de modo que son preferidos á los legitimos, y asi raciocinan muy mal aquellos, que por que aquel que confirma se juzga en ciertas ocasiones que nombra, segun la ley 130. *de verb. sing.* dicen que el tutor confirmado debe considerarse mas bien dativo que testamentario, confundiendo la confirmacion necesaria con la que depende del arbitrio ó voluntad del confirmante. Asi tambien se llaman curadores testamentarios aquellos que siendo dados en testamento son confirmados, *l.* 7. *rem. pup. salv. fore.* A la verdad no todas las especies de esta tutela se parecen igualmente á la testamentaria, ni me opongo á que algunos prefieran llamarlas mixtas.

« En España está obligado el juez á confirmar el tutor que dió al pupilo el padre natural, la madre ó un extraño, que instituyan heredero al mismo pupilo, *ll.* 6 y 8. *tit.* 16. *P.* 6. Cuyas leyes no hacen mencion alguna ni de fianza, ni de inquisicion. En el dado por la madre, añade la misma ley 8, que puede el juez confirmarlo, con tal que aunque no haya nombrado la misma heredero al pupilo, le haya dejado algo por cualquier via y titulo que sea.»

TITULO DÉCIMO CUARTO.

Quienes pueden ser nombrados tutores en testamento.

CONC. CON EL LIB. 26. TIT. 2. DEL DIG. Y CON EL LIB. 5. TIT. 28. COD. (b).

Continuacion y argumento del titulo.

En el titulo anterior hemos hablado de aquellos que pueden nombrar tutores en testamento, y de aquellos á quienes pueden darse. Estas cosas se consideran ahora separadamente, y en primer lugar se habla sobre si aquel que ha sido nombrado puede ser tutor, acerca de lo que se disputa despues; y tambien de los modos de nombrar tutores en testamento, como igualmente del sentido ó interpretacion de algunas palabras que el testador puede emplear en el nombramiento de tutor.

(a) L. 6. y 8. tit. 16. P. 6.

(b) Tit. 16. P. 6. Const. 1.ª tit. 4. lib. 5. Const. de [illegible]

TEXTO

Qui tutores dari possunt.

Dari autem tutor potest testamento non solum pater familias, sed etiam filius familias.

TRADUCCION.

Quienes pueden ser nombrados tutores.

No solo el padre de familias si que tambien el hijo de familia pueden ser nombrados tutores en testamento.

COMENTARIO.

Sed etiam filius fam). Y no solo en testa-



mento puede ser nombrado el hijo de familias, sino tambien por el Magistrado, *l*. 7. *de tutel*. Ni obsta el que el hijo de familias esté en la potestad de su padre: pues la tutela es un cargo público, *inf. de excus*, *in pr*. Y en los negocios públicos el hijo de familias no está sujeto á su padre sino que se reputa padre de familias, *l*. 9. *de his qui sui vel al jur*. *l*. 14. *ad Treb*. (a) Pero se dirá: aquel que está en potestad de otro no puede tener á ninguno bajo la suya, *l. sic. eveniet* 21. *ad leg. Jul. de adult*. Verdad es esto; pero únicamente debe entenderse de la misma especie de potestad.

TEXTO.

De servo.

1. **Sed et servus proprius testamento cum libertate rectè tutor dari potest. Sed sciendum est, et sine libertate tutorem datum tacitè libertatem directam accepisse videri, et per hoc rectè tutorem esse. Planè si per errorem, quasi liber, tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus purè inutiliter testamento datur tutor: sed ita**, *Quum liber erit*, **utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.**

TRADUCCION.

Del siervo.

Tambien puede nombrarse en testamento por tutor á un siervo propio con la libertad, y aunque se le haya nombrado tutor sin ella se entiende haberla recibido tácitamente directa y por esta razon será tutor (b). *Otra cosa deberia decirse si hubiese sido nombrado tutor por error considerándole libre. Mas el siervo ageno nombrado tutor puramente en testamento no puede serlo* (c), *á menos que se dé bajo la condicion:* cuando sea libre. *Con todo, un siervo propio no puede ser nombrado tutor de este modo.*

NOTAS.

1. *Libertatem directam*). *L*. 32. §. 2. *de testam. tut. l. penult. C. de nec. serv. man*. Y tambien la fideicomisaria, segun Cujacio, Vult. Bach., insiguiendo la *l*. 9. *C. de fideic. lœr*. Mas á esto se responde que *d. l*. 9. debe entenderse del caso en que haya sido nombrado un siervo tutor en codicilos, ó por palabras suplicativas; por ejemplo, si dijese: *suplico á mi heredero que Davo sea tutor de mis hijos*; como se ve en la *l*. 1. §. 2. *ff. de conf. tut*.

Per errorem). Esto es, porque juzgaba el testador que era libre, siendo así que era siervo, *l*. 22. *de test. tut. l*. 24. §. 9. *de fideic lib*.

Servus alienus purè inutiliter). Entiéndese esto en cuanto á las palabras; pues el nombramiento de tutor que se hace diciendo: *Davo sea tutor*, no es puro en cuanto al sentido; pues se sobreentiende la condicion, *cuando sea libre*. Así lo dice Concio para que no obstante la *l*. 10. §. *ult. eod*

Proprius inutiliter eo modo). Ni tampoco puede instituirse de este modo heredero, *l*. 21. *de cond. inst*.; pues lo que está en nuestro poder no debemos encomendarlo á la casualidad, *l*. 22. *d. tit*.

COMENTARIO.

1. ***Es conforme con el parecer de los antiguos lo que dice Justiniano, que el siervo propio, nombrado tutor simplemente, se hace directamente libre.***

No solo los hombres libres pueden ser nombrados tutores en testamento, sino tambien los siervos; pues que con estos hay tambien la testamentifaccion, *l. testamento* 25. *de test. tut*. §. *in extraneis*, *inf. de hœr. qual. et diff*. Trátase en este §. de tres modos de encomendar la tutela á los siervos, ya propios, ya agenos. El primero es cuando se dice: *Davo sea tutor y libre*. El segundo: *Davo sea tutor*; y el tercero: *Davo sea tutor cuando sea libre*. Acerca del primer modo no hay cuestion ninguna en el siervo propio, y en cuanto al ageno en favor del pupilo y de la pública utilidad se sostiene la libertad fideicomisaria del siervo; de modo que el heredero esté tenido á comprarle de su señor y á manumitirle, *l*. 10. *in fin. de test. tut*. En cuanto á la segunda, por lo que hace al siervo propio, Justiniano dice que adquiere la libertad directa, y que por lo tanto es tutor; lo que no oscuramente indica Paulo, *l. quœro* 32. *in fin. d. tit*., al decir que por el mismo hecho de ser nombrado tutor por el dueño, parece tambien haber merecido la libertad, pudiendo por consiguiente vindicarla para sí, y siendo libre desde la adicion de la herencia. La tercera especie puede tener lugar en un siervo ageno; pero en el propio se considera inútil y de ningun efecto; de la misma manera que si dijese uno: *te vendo esta cosa si yo quisiere*.

1. *Directam*). Llámase libertad directa la que directamente pasa al siervo por el testamento sin hecho ó trabajo alguno de otro, §. 1. *inf. de sing. reb. per. fid*. Piensa Cujacio, y son de su opinion Vultcio y Bacovio que

(a) Arg. d. l. 7. tit. 2. lib. 10. N. R
(b) L. 7. tit. 16. P. 6.
(c) D. L. 7.

Justiniano fué el primero que estableció esto; pero contradícelos el lugar de Paulo pero ha citado y lo que Justiniano escribe, *l. pen. C. de nec. serv. hær. inst.*, de que ya antes habia sido introducido por el derecho civil que si uno nombraba tutor á un siervo propio sin la libertad, por este mismo hecho se considerase haberle concedido esta última. Y á mas, lo que el mismo establece luego respecto al siervo instituido heredero sin la libertad, que antes no se observaba, *inf. de hær. inst. in pr.*; á saber, que por el mero hecho de instituirle heredero, tambien se entiende haberle concedido la libertad, á ejemplo del siervo nombrado tutor simplemente. Y por cierto ninguno hay que pueda negar que el siervo instituido simplemente heredero, segun la constitucion de Justiniano se hace libre directamente por testamento. Finalmente aquel á quien se da la libertad fideicomisaria, solo queriendo y pidiéndolo se hace libre. El siervo propio nombrado tutor lo es necesariamente. Ni obsta lo que se dice en la *l. 10. in fin. de test. tut.*, que no hay diferencia ninguna entre que uno haya nombrado tutor á un siervo suyo ó á un ageno; pues esto debe referirse á la voluntad de dar la libertad, no á la cualidad de esta; pues que la del siervo ageno solo puede defenderse ó sostenerse por fideicomiso. Mayor dificultad ofrece la *l. etsi* 9. *C. de fid. lib.* Respóndese á ella comunmente, que este lugar debe entenderse del caso en que el siervo haya sido nombrado tutor en codicilos ó con palabras suplicativas; por ejemplo, si se dijere: *suplico á mi heredero que Estico sea tutor de mis hijos*; lo que dan á entender tambien las palabras de dicha ley *per fidei commissum manumisisse*; pues por fideicomiso no se entiende otra cosa que las palabras fideicomisarias, con las que habia pedido que fuese tutor, *arg. l. qui tutelam* 28. §. 1. *de test. tut.* Franc. de Amaya nobilísimo jurisconsulto español piensa que ni los mismos antiguos estaban acordes sobre este punto, *lib. 1. jur. obs. c.* 7.

Per errorem). Esto es, porque se reputaban libres; en cuyo caso no se cree que nadie hubiese querido encargar la tu[illegible] á un siervo, *l. si quis.* 22. *de test. tut. l.* [illegible]*aliter* 24. §. *si quis tutorem* 9. *de f*[illegible]*c. lib.*

Purè inutiliter). Es decir, sin la condicion: *cuando sea libre.* Que es, empero, lo que Ulpiano dice en *d. l. 10. §. ult. de test. tut*, de que en semejante nombramiento siempre se supone la condicion: *cuando sea libre*; *cum liber erit?* Dirémos por ventura que se ha recibido esto benignamente contra la razon del derecho? O mas bien deberémos atender á la mente del testador, de modo que si esta no se opone valga el nombramiento, y si manifiestamente lo contradice, sea el mismo inútil? *d. l. 10. in fin.* O bien diremos, que fué nombrado puramente con tales palabras que el pensamiento del testador no fué ni tan solo el que se le diese la libertad, pues ya le creia libre? Y en esto no hay duda. VINN. Mas bien me pareciera decir que los antiguos disistieron sobre el particular, y que Justiniano se adhirió al parecer de aquellos que creian era necesaria la expresion de esta condicion, y que Triboniano inadvertidamente puso en las Pandectas la *l. 10. §. ult. de test. tut.* lo que algunas otras veces le sucedió. HEIN.

Proprius autem servus inutiliter). Pues es lo mismo que si el testador dijere: *sea tutor cuando haya sido manumitido por su señor*; lo que puesto en boca de este último se entiende que se burla manifiestamente, y que por lo mismo nada hace; del mismo modo que si alguno dijese: te vendo esta cosa cuando yo quisiere.

« En España la *l. 7. tit. 16. P. 6.* dispone « en general que no pueda nombrarse tutor « un siervo ageno.»

TEXTO.

De furioso et minore 25 annis.

2. Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, quum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus.

TRADUCCION.

Del furioso y menor de 25 años.

El furioso ó menor de 25 años nombrado tutor en testamento lo será, aquel cuando haya recobrado el juicio, y este cuando haya llegado á los veinte y cinco años.

COMENTARIO.

Pueden ser nombrados tutores en testamento, no solo aquellos que al tiempo de hacerse este son ya idóneos para administrar la tutela, sino tambien aquellos que aun cuando en dicho tiempo no lo sean, con todo son tales que naturalmente pueden serlo despues, en cuyo caso se hallan los furiosos y menores de veinte y cinco años.

Quum compos mentis). Próculo era de parecer que no podia nombrarse por tutor en testamento al furioso, *l. 10. §. 5. de test. tut.*, y no hay duda que puede parecer que el padre no obra con bastante seriedad al conferir la tutela puramente á uno que sabe no puede desempeñarla. Quisose con todo

que fuese esto permitido al padre, como que se diese bajo la tácita condicion de que sea tutor cuando empezare á recobrar el juicio, *d. l.* 10. §. 3. *l.* 11. *de tut.*, y durante el tiempo intermedio se nombrará un tutor ó curador por el Magistrado, *inf. de Attil. tut.* §. 1. *et inf. de curat.* §. *ult.*

Major 25. *annis*). *L. quæro* 32. §. *ult. de test. tut.* En cuyo caso el Magistrado nombrará otro tutor hasta que el testamento haya llegado á la edad legítima, *l.* 10 §. *si libertus* 7. *de excus.* Con todo, acertadamente advierte aquí Bacovio, que deben suponerse términos hábiles, de modo que el menor nombrado tutor sea de una edad tal, que antes de la pubertad del pupilo pueda llegar á los veinte y cinco años: de otra suerte semejante nombramiento seria ridículo, y deberia hacerse otro por el Magistrado, en el caso se entiende que el pupilo no tuviese tutor legítimo.

« En España, aunque la *l.* 4. *tit.* 16. *P.* 6. « prohibe en general nombrar por tutor á « un menor de edad, con todo Greg. Lopez « en la *Glos.* 5. de dicha ley, piensa que esta « prohibicion no se refiere al menor nombra- « do tutor en testamento, sino que podrá « darse de este modo para el efecto de que « lo sea en llegando á la mayor edad, segun « lo dispuesto por derecho romano, cuya « opinion favorece abiertamente la *l.* 7. *de d.* « *tit.* 16.»

TEXTO.

Quibus modis tutores dantur.

3. Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante hæredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.

TRADUCCION.

De que modo se nombran los tutores.

No hay duda que el tutor puede darse desde, ó hasta cierto tiempo, ó bajo condicion ó antes de la institucion de heredero. (a)

COMENTARIO.

El Magistrado no puede nombrar tutor á un siervo, á un furioso ó á un menor de veinte y cinco años, ni hacer el nombramiento desde ó hasta cierto tiempo ó bajo condicion.

Tambien en el modo de dar tutores en testamento debe observarse la voluntad del testador, y así no solo podrá ser nombrado el tutor puramente; sino tambien desde ó hasta cierto dia y bajo condicion; de modo que el nombrado no será tutor antes que haya llegado el dia ó existido la condicion, y faltando esta no lo será. Puede tambien darse tutor hasta cierto dia, y hasta el cumplimiento de cierta condicion; de modo que finido el tiempo ó existiendo esta dejará el tutor de serlo, *l.* 8. §. 1. *et* 3. *de test. tut. l. si adrogati* 14. §. 3. *et ult. de tutel.* §. 2. *et* §. *pen. inf. quib. mod. tut. fin.* Faltando ó estando concluida la tutela testamentaria entrará el tutor legítimo; mas si solo está en suspenso, el Atiliano ó dativo, *l.* 11. *de test. tut. l.* 9. §. 2. *de tut. et rat. dist.*

1. *Vel ante hæredis institutionem*). Parece que ya antiguamente estaba esto recibido en favor del pupilo. Podia con todo dudarse de ello, á causa de que por derecho antiguo no podian dejarse los legados antes de la institucion de heredero; mas actualmente no hay ya ninguna razon de duda, §. 34. *inf. de leg.* Debemos aquí advertir en pocas palabras, que lo que se ha dicho de los siervos, furiosos y menores de edad nombrados tutores, y tambien del tiempo ó condicion puesto en dicho nombramiento, solo es peculiar de la tutela testamentaria, y solo está permitido al padre por interpretacion de aquellas palabras de la ley de las doce tablas: *Uti quisque legassit etc.* Los Magistrados no tienen igual libertad; pues que les está prohibido dar tutores bajo condicion, *l.* 6. §. 1. *de tutel.* Por lo que, ni el siervo ni el furioso, ni el menor pueden ser nombrados tutores por ellos; ya sea bajo la expresa condicion, el siervo *cuando sea libre, cum liber erit*; ya sea simple y puramente; pues que en este caso se entiende que va comprendida la condicion, como si estuviese expresa, *l.* 10. §. *pen. et ult. de test. tut.* Mas porqué tanta variedad? no por otra razon, sino porque es impropio del oficio del Juez ó Magistrado suspender ó dejar imperfectos sus actos; pues el acudir á él se hace con el objeto de que interponga en el mismo acto su oficio y autoridad; lo que ya sospechó Juan Fabro, quien para probar esto se vale de la *l. non quemadmodum* 35. *de judic. l.* 1. §. *biduum.* 5. *quand. app.* Otra razon dan comunmente los doctores; á saber, que cuando el padre nombra tutor bajo condicion queda el Magistrado que mientras esto está en suspenso, puede mirar por el pupilo; mas si fuere el Magistrado quien nombrase bajo condicion al tutor, no que daria ya á quien acudir para que pendiente

(a) L. 8. tit. 16. P. 6. al fin.

la condicion proveyese lo necesario al pupilo. Creo que la Glosa y los doctores se equivocaron en *d. l.* 6. §. 1., al pensar que tambien el Magistrado podia nombrar tutor bajo condicion, segun la *l.* 11. *de test. tutel.*; pues esta, debe entenderse explícitamente de la tutela testamentaria, como ya la entendió Bártulo. Por lo demas, no hay duda ninguna que el Magistrado puede nombrar otro tutor, hasta que se haya cumplido la condicion bajo la que ha sido dado el testamentario, §. 1. *inf. de Attil. tut. d. l.* 11. *in pr.*

TEXTO.

Cui dantur.

4. Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest: quia personæ, non causæ, vel rei tutor datur.

TRADUCCION.

A quienes se da tutor.

No puede darse tutor para una causa ó negocio determinado porque el tutor se da á la persona, y no á un negocio ó cosa. (a)

NOTAS.

(a) *Certæ rei*). Segun Ulpiano, *l.* 2. y Marciano, *l.* 14. *de test. tut.* A una cierta cosa no puede nombrarse tutor, ni aun deducidas las demas, *d. l.* 12. οὔτε ἐξῃρημένων πραγμάτων, esto es, ni aun deducidas las cosas, como lo traducen los griegos; y aun cuando se diere no valdrá, ni para toda la tutela, *l.* 13. *eod.* Otra cosa se observa si fuere nombrado heredero de cosa cierta, *l.* 1. §. 4. *de hær. inst.*

Non potest). Nómbrase, con todo, útilmente tutor para el patrimonio universal de algun lugar, *l.* 15. *eod.*

Personæ). Principalmente hablando; pues por consecuencia inmediata se entiende darse tambien á las cosas del pupilo, *l.* 12. §. *pen. de adm. tut.*

COMENTARIO.

Certæ rei vel causæ). Como si se dijese: sea tutor Mevio de la tienda del pupilo, por que está versado en el comercio, ó encárguese de los pleitos y cuestiones porque conoce el derecho y las costumbres del foro.

Quia personæ). Dáse el tutor para defender al pupilo, §. 1. *sup. fit.*; por lo que si fuese dado para una cierta cosa ó negocio determinado no valdrá el nombramiento, *l.* 12. *cum* 2. *seq. de test. tut.*, por cuanto no es conforme con el oficio de tutor. Ni obsta la ley 12. §. *cum tutor.* 3. *de adm. tut.* pues una cosa es nombrar tutor para un negocio determinado, y otra entender que el tutor nombrado lo es tambien de todas las cosas del pupilo, pues dándose el tutor para la persona de este, por consecuencia se entiende dado tambien á las cosas propias del mismo, que siguen siempre la condicion de la persona; y á la verdad si debe mirarse por la persona del pupilo, no solo es necesario que el tutor cuide de su persona y costumbres, sino tambien de sus bienes, *d. l.* 12. *de test. tud. d. l.* 12. §. *cum tut.* 3. *de adm. tut.* Y en esto principalmente se diferencia el tutor del curador; pues este se da primariamente á las cosas del menor, *l.* 8. *C. de nupt.* y puede nombrarse para uno y determinado negocio, §. 2. *inf. de curat. l.* 7. *de tut. dat.* Con todo, si el patrimonio estuviese esparcido en tan distintos lugares, de modo que pudiera con dificultad ser administrado por uno solo, está recibido en favor del mismo pupilo que pueda nombrarse tutor á unos bienes asi separados: por ejemplo á una hacienda sita en Africa ó en Siria, *l.* 15. *de test. tut.*; en cuyo caso aun todos los tutores se entienden dados *in sólidum*, y no tanto se supone dividida la tutela como su administracion. Una excepcion de la regla anterior parece se encuentra en la permision de nombrarse tutor por cierta causa para el impúbero con objeto de adir la herencia, *l.* 9. *de tut. dat. l.* 10. *de test. tut. l.* 17. §. 1. *de appell.* Tambien se dice que la madre nombra tutor mas bien á los bienes que no á la persona, *l.* 4. *de test. tut.* como que no fuese verdadero tutor el nombrado por una persona que no tiene esta facultad por la ley. Tambien se observa que no puede ser nombrada tutor en testamento una persona incierta, *l. tutor.* §. *sed nec.* 27 *inf. de leg.*

TEXTO.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis, vel nepotibus.

5. Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit etiam posthumæ, vel postumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione et posthumus, et posthuma continetur. Quod si nepotes sint; an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut et ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Cæterum si filios; non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè si posthumis dederit tam filii posthumi, quam cæteri liberi continebuntur.

TRADUCCION.

Del tutor dado á los hijos ó hijas, á los descendientes ó nietos.

Si alguno nombrare tutor para sus hijas ó hijos se entiende haberlo nombrado tambien para el póstumo ó póstuma, porque bajo el nombre de hijo é hija viene comprendido el póstumo y póstuma. Y si hubiere nietos deberá entenderse que bajo el nombre de hijos se les ha tambien á ellos dado tutor? Debe decirse que tambien se entenderá nombrado para estos si empleó la palabra descendientes, *mas si empleó la de* hijos *no vendrán comprendidos, pues los hijos son llamados de un modo diferente que los nietos. Pero si nombrare tutor á los póstumos, así los hijos póstumos como los demás descendientes vendrán comprendidos.*

NOTAS

5. *Si quis filiabus*). Segun Ulpiano *l.* 5. *et* 6. *de test. tut.*

Etiam posthumæ). Lo contrario sucede en los delegados, *l.* 17 *de legat.* 1, pues estos no se dejan á los descendientes por su cualidad de tales, sino por un afecto singular en favor de este ó aquel; mas el tutor se da á los descendientes como á tales, por derecho de la patria potestad.

Aliter filii, aliter nepotes). Por naturaleza se diferencia el hijo del nieto, siguiendo aquí el nombre natural y propio; no habiendo razon ninguna para que nos apartemos de él, pues bajo el nombre de hijo viene comprendido el nieto por una justa interpretacion, *l.* 84. *l.* 201: *l.* 220. *de verb. sign.* Tenemos varios ejemplos en la *l.* 59. *de rit nup. l.* 2. §. 28. *ad Tertyl. l.* 14. *de Senat. Mac.* Tambien bajo la palabra hijo vienen aqui comprendidas las hijas, *l.* 16. *de test. tut.*

Posteris). debe leerse *posthumis* segun *d. l.* 6. y tambien segun Teófilo y otros.

COMENTARIO.

1. *Bajo la palabra descendientes se comprenden todos los nacidos de nosotros.*
2. *Bajo la palabra hijos en este párrafo se comprenden los póstumos y las hijas: mas no los nietos y la razon de ello.*
3. *Bajo el nombre de póstumo vienen comprendidos todos los descendientes que han de nacer, sean de primer grado ó de los ulteriores.*

1. Cuestion de voluntad es el preguntarse, que personas vengan comprendidas bajo las palabras *hijos, descendientes póstumos.* En cuanto á los descendientes, (empezando por estos) no hay duda ninguna que bajo esta palabra vienen comprendidos todos los nacidos de nosotros, sean hijos ó nietos, ó de ulteriores grados, sean ya nacidos, ó estén aun por nacer, *l. liberorum.* 220. *de verb. sign.* Por lo que, si uno nombrare tutor para sus descendientes, no solo se entiende haberlo nombrado para los hijos, si que tambien para los nietos y demás, como lo dice en este lugar Justiniano, insiguiendo á Ulpiano, *l.* 6. *de test. tut.*; con tal que despues de la muerte del que le nombra no hayan de recaer en la potestad de su padre, §. 3. *sup. tit.*

2. Acerca de los hijos se preguntan aqui dos cosas: primera si bajo esta palabra vienen comprendidos los póstumos, y segunda si otro tanto sucede con los nietos. Sobre lo primero dice Justiniano, que si alguno diere tutor á sus hijas ó hijos, tambien se entiende haberlo dado á la póstuma ó póstumo, porque bajo la palabra de hijas ó hijos se comprende al póstumo ó póstuma; y lo mismo responde Ulpiano en la *l.* 5. *d. tit.* Con todo, á este lugar parece oponerse lo que dice Ulpiano en la *l. qui filiabus* 17. *in pr. de legat.* 1., *de que aquel que lega algo á sus hijas, no se entiende haberlo legado á la hija póstuma, á no ser que de ella hubiese hecho mencion en alguna parte de su testamento*; mas esto en ningun modo encierra contradiccion; pues el tutor se nombra por derecho de potestad á los hijos y descendientes, y los póstumos son tan hijos y descendientes como los demas; los legados empero, no se dejan á los descendientes, por su cualidad de tales, sino por un singular afecto en favor de alguno, cuyo afecto en el caso propuesto no se supone en favor del póstumo. Asi tambien opina Angelo, segun la Glos. en *d. l.* 17. La otra pregunta es si vienen comprendidos los nietos bajo la palabra de hijos, y dice Justiniano que no; pues una cosa es el hijo, otra el nieto: el hijo es el nacido de mi y de mi muger; el nieto el nacido de mi hijo, y asi tambien lo dice Ulpiano, *d. l.* 6. Como es, pues, que leemos en la *l. filii* 84. *l. liberorum* 220. *de verb. sign.* que bajo la palabra de hijo vienen comprendidos los nietos y demas descendientes nuestros? Esto únicamente tiene lugar en donde una justa interpretacion lo dicta, *l. justa* 201. *eodem tit.* pues de otro modo no debemos apartarnos del sentido propio de las palabras, *l. non aliter* 69. *de legat.* 3. Ofrecénsenos varios ejemplos de ello en la *l. senatus* 59. *de rit. nupt. l.* 2. §. *filiis* 28. *ad Tertyl. l.* 14. *de sen. Mac.* Supóngase en el caso propuesto que el testador no tiene hijos, sino tan solo nietos, ó supóngase tambien que solo los nietos son impúberos: no habrá entónces duda de que bajo la palabra *hijos*, habrá comprendido los nietos para que de otro modo no resulte

que no haya hecho nada; lo que advierte Juan Fabro. Mas si el testador tiene hijos impúberos, no hay motivo ninguno para que nos apartemos del sentido propio de las palabras, y digamos que bajo la palabra *hijos* quiso tambien comprender á los nietos; por que tal vez conviene mas á estos el tener un tutor peculiar, legítimo ó dativo, que no el mismo nombrado por el padre, el cual ya está bastante sobrecargado y ocupado con la tutela de los hijos. A lo que debe agregarse que aquí se trata de gravar á un extraño á quien interesa que no se le cargue demasiado. Hase omitido aqui el decir si bajo la palabra *hijos* vienen las hijas comprendidas, y se responde que sí en la *l.* 16. *in pr. de test. tut.*, pues en todo nuestro derecho al hablarse del sexo masculino, lo que se dice se hace siempre extensivo á entrambos sexos, *l.* 1. *l. pronuntiatio* 195. *de verb. sign.*

3. Acerca de los póstumos se habla en el versículo *Planè si posthumis*; y dice el emperador que si se diere tutor á los póstumos no solo los hijos póstumos sino tambien los demas descendientes vienen comprendidos; esto es, (segun lo entiende muy bien Teófilo) que vienen comprendidos no solo los póstumos del primer grado, si que tambien los del segundo y ulteriores, con tal que si naciesen durante la vida del testador debiesen estar en su potestad, y romper su testamento, *l.* 1. §. 1. *de test. tut.* Por lo que no es necesario que con Haloandro substituyamos en vez de la palabra *posthumis* la de *posteris;* principalmente leyéndose tambien del primer modo en Ulpiano, *l.* 6. *eod.* de la que está esto copiado, y como Baldo advierte en el mismo lugar no distinguiendo la voz *póstumos* los grados como la voz *hijos*, antes bien uniéndolos: véase á Don. 5. *comm.* 4. Tuld. *hic. cap.* 4.

TÍTULO DÉCIMO QUINTO.

De la tutela legítima de los agnados.

CONC. CON EL LIB. 26. TIT. 4. DIG. Y CON EL LIB. 5. TIT. 30. COD. (a)

Resúmen del método y argumento del título.

A la tutela testamentaria síguese la legítima que es aquella que la ley defiere á los que son llamados á la sucesion legítima del impúber. Cuatro son las especies de esta tutela; á saber, la de los agnados, la de los patronos, la de los padres, y la fiduciaria; de las cuales las dos primeras son legítimas en un sentido propio, *l.* 1. *hoc. tit.* y las dos siguientes lo son por analogía. Explícase cada una de ellas en un título particular; mas en las Pandectas y en el Código se explican todas en uno. Expónese en este título la primera especie, que dijimos ser de los agnados, manifestándose de donde trae su orígen, quienes sean los agnados; cuando se les defiera la tutela, y poniéndose al fin un modo especial de concluir la misma.

TEXTO.

Summa.

Quibus autem testamento tutor datus non est; his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

(a) Tit 16. P. 6.

TRADUCCION.

Resúmen.

Por la ley de las doce tablas los agnados son tutores llamados legítimos de aquellos á quienes no se ha dado tutor en testamento.

NOTAS.

Ex lege 12 tab.). *L.* 1. *de leg. tut.* en la cual se dice que con suma cautela se ha establecido, que los mismos que esperaban la sucesion estuviesen encargados de los bienes á fin de que estos no fuesen dilapidados; mas por una ley de Solon no se defería á los agnados mas próximos, sino á los mas remotos, por la contraria razon de que regularmente aquel que ha de suceder á alguno procurará con mayor facilidad poner asechanzas á su vida como dice Persiano.

COMENTARIO.

1. *Que diferencia haya entre los agnados y los gentiles, entre la gente y la familia.*

Quibus testamento). Siempre los tutores legítimos, como arriba hemos dicho, son

pospuestos á los testamentarios, *l. 11. de test. tut. l. 9. §. 1. de tut. et rat. dist.*; como tambien sucede con los herederos legítimos, quienes vienen despues de los llamados en testamento, *l. quamdiu. de acq. hær.* Ya vulgarmente suele decirse que la provision del hombre hace cesar la provision de la ley, segun la *l. ult. C. de pact.*

Ex lege 12. tab. agnati sunt tutores.) La ley de las doce tablas llama á los agnados á la sucesion legítima, y defiere á los mismos la tutela tambien legítima; estableciéndose por la ley con suma cautela, como escribe Ulpiano, que los mismos que esperaban la sucesion sean los encargados de los bienes para que no se dilapiden, *d. l. 1. hoc. tit.* (a). Esta especie de tutela es la que dice Servio ser dada por derecho civil, *l. 1. de tutel.* pues nadie nombra los tutores legítimos, sino que la ley los hace tales, *l. 5. h. t.*

1. Hotomano piensa que tambien la ley hizo mencion de los gentiles, y á la verdad así se encuentra respecto de la herencia, segun Cornificio, *lib. 1.*, quien refiere asi las palabras de la ley: *si el padre de familias muriese intestado su familia y bienes sean de los agnados y gentiles*; de modo que es muy verosímil que posteriormente á los agnados fué del mismo modo deferida la tutela á los gentiles. Ya muchos, antes que nosotros, manifestaron la diferencia que entre gentiles y agnados habia; con todo, la diremos de paso. La misma diferencia que existe entre gente y familia, hay tambien entre los gentiles y agnados: la gente se compone de muchas familias; cada una de las cuales se distingue por su cognombre; pues del mismo modo que el nombre es propio á toda la gente, así tambien el cognombre es peculiar de cada familia que en ella se comprende. Los que son de una misma raza ó gente se llaman gentiles, y agnados los que son de una misma familia: por ejemplo; en la gente Valeria habia los Corvinos, los Máximos, los Mesalas, y los Flacos, componiendo todos estos una sola gente, es decir, la de los Valerios; y cada uno de ellos una familia en aquella gente, siendo todos entre sí gentiles, y cada uno en particular, agnado. VINN. Muy bien, con todo, añade Cic. *Topic. cap. 6.* que no son gentiles todos los que llevan el mismo nombre, sino los oriundos de ingénuos, y cuyos antecesores no estuvieron en esclavitud, pues nadie ignora que los libertos tomaban el nombre de sus patronos. HEIN.

(a) L. 60. tit. 16. P. 6. vers. *E. por ende* Reg. 20. tit. ult. P. 7.

TEXTO.

Qui sunt agnati.

1. Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi á patre cognoti; veluti frater ex eodem patre natus; fratris filius: neposve ex eo; item patruus; et patrui filius; neposve ex eo. At qui per fœminini sexus personas cognatione junguntur, agnati non sunt, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus; et invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.

TRADUCCION.

Quienes sean los agnados.

Son agnados aquellos que están unidos entre sí por cognacion por parte de varon, esto es, cognados por parte de padre, como el hermano nacido de un mismo padre; el hijo del hermano; los nietos de él nacidos, y tambien el tio paterno y el hijo de este, y el nieto del mismo nacido. Mas los que están unidos entre sí por parentesco por parte de muger no son agnados, por otra parte sean cognados segun derecho natural (a): *así el hijo de tu tia materna no es agnado tuyo, sino cognado, y recíprocamente tu estás unido con él por el mismo derecho, porqué los que de ella nacen siguen la familia del padre; no la de la madre.*

COMENTARIO.

Per virilis sexus). Llámanse agnados los que estan unidos por parte de padre, *l. 7. h. t. §. 1. inf. de leg. agn. succ. l. 2. §. 1. de suis et leg.*, con tal que no estén capite minuidos, y estén en la familia, *§. ult. inf. eod.* sin que haya diferencia ninguna entre la agnacion nacida de la naturaleza, y la que trae su origen de la adopcion, *d. l. 2. §. 3. de suis et leg.*

Veluti frater ex eodem patre). Enumera aquí Justiniano tan solo á los agnados varones; pues aunque haya algunas mugeres que no sean tambien agnadas, como son la hermana nacida de un mismo padre, la tia paterna y la hija del hermano, con todo, por derecho comun la tutela solo se defiere á los varones, *l. 1. §. 1. h. t.*

Naturali jure cognati). La palabra cognacion es general en sí, pues se llaman cognados todos los que están unidos por vínculos de sangre ó de adopcion; y por consiguiente tambien los agnados; mas la misma palabra cuando se opone á la agnacion, se refiere á aquella especie de cognacion que viene por parte de madre, *l. 4. §. 2. l. ult. §. 1. et 2.*

(a) Auto acordado 5. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.

de grad. et aff., sucediendo aquí lo mismo que ya advertimos sobre la palabra adopcion en el §. 1. *sud. de adopt.*

TEXTO.

Quis dicatur intestatus.

2. Quod autem lex duodecim tabularum ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet; intestatus decesserit; quod tunc quoque accidere intelligitur quum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.

TRADUCCION.

Quien se dice intestado.

Al llamar la ley de las doce tablas á los agnados á la tutela ab intestado no tiene esto el sentido de que absolutamente no haya hecho testamento aquel que podia nombrar tutor, sino tan solo que haya muerto intestado por lo que hace á la tutela; lo que se entiende haber tambien tenido lugar cuando aquel que ha sido nombrado tutor muriere durante la vida del testador. (a)

COMENTARIO.

Quàntum ad tutelam). Dice muy bien con respecto á la tutela, segun tambien el jurisconsulto, *l.* 6. *hoc. tit.*; pues por lo que hace á la herencia no se considera haber muerto intestado aquel que murió despues de haber hecho testamento del cual existe heredero, *inf. de hœr. quœ ab int. def. in pr.*

Vivo testatore). Creo que esto se ha puesto aquí para ejemplo; pues que sucederia si el tutor muriese despues de la muerte del testador, pero antes de encargarse de la tutela? Ciertamente que en este caso, no menos que en aquel se dirá que el padre de familias ha muerto intestado en cuanto á la tutela, y aunque el tutor nombrado en el testamento muriese despues de haberse encargado de la tutela, ó dejase de ser ciudadano entrará tambien la tutela legítima, *l.* 6. *h. t. l.* 11. §. *pen. y l. ult. de test. tut.* De donde se ha de decir otro tanto y con mayoria de razon si hubiese sido nombrado bajo de condicion ó hasta cierto dia; pues existiendo aquella ó llegado este, pasará la tutela á los legítimos, como que el que le nombró hubiese muerto en parte intestado, por lo que hace á la tutela. Con todo, si el tutor nombrado en testamento se excusare despues, ó fuere removido no entrará el legítimo sino que en su lugar se nombrará otro por el magistrado, *d. l.* 11. §. 1. y. 2. La razon de esta diversidad no puede ser otra sino que de aquel modo la tutela se acaba *ipso jure*, y se extingue enteramente; mas por la excusa y remocion no sucede lo mismo, sino que se requiere la intervencion del Magistrado, como que se considerase que el excusado ó removido es aun tutor.

(a) L. 9. tit. 16. P. 6. al pr.

TEXTO.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

3. Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutionem plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen est, cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.

TRADUCCION.

De que modos se disuelven la agnacion y la cognacion.

El derecho de agnacion las mas de las veces se extingue por toda especie de capitis diminucion, pues es una invencion del derecho civil; pero el derecho de cognacion no se altera por cualquier especie de la misma, porque el derecho civil puede derogar la ley civil, mas no así la natural (a).

COMENTARIO.

1. *La tutela legítima no se pierde hoy dia por la capitis diminucion mínima.*

Diferenciase la agnacion de la cognacion en que aquella se extingue por cualquiera capitis diminucion, aun por la mínima, y por consiguiente se pierden los derechos que de la misma agnacion nacen como son la tutela y la herencia, *l.* 7. *de cap. min. l.* 5. §. *ult. h. t.* El derecho de cognacion, empero, no sufre alteracion á no intervenir la capitis diminucion máxima ó media, sobre lo que se tratará mas latamente en el §. *penult. del tit. sig.* en el que encontraremos la explicacion de este párrafo. Justiniano puso esta diferencia entre la agnacion y cognacion aquí, con el objeto de entrar luego á tratar de la capitis diminucion.

Plerumque). Hase añadido este adverbio porque por las nuevas leyes el derecho de agnacion concedido á ciertas personas no se extingue por la capitis diminucion mínima en cuyas leyes se defiere la tutela y la herencia designando las personas por sus nombres naturales, como sucede al deferirse la herencia por los senadoconsultos á la madre

(a) Reg. 34. tit. ult. P. 7.

y al hijo, *d. l.* 7. *de cap. min.* §. 2. *inf. de sen. Orfic. l.* 1. §. 8. *ad sen. Tert.* Tambien por la constitucion de Anastasio el hermano emancipado prescindiéndose de la capitis diminucion es llamado á la sucesion y tutela legítima de su hermano ó hermana, *l.* 4. *C. h. t.* §. 1. *inf. de succ. cogn.*, y Justiniano llama tambien á las mismas á los hijos de los hermanos emancipados, *l. ult.* §. 4. *Cod. de legit. haer.*

1. Habiéndose por derecho novísimo quitado en esta parte toda diferencia entre la agnacion y cognacion, y siendo igualmente llamados los cognados que los agnados, asi á la herencia como á la tutela legítima, *Nov.* 118. *cap.* 4. *y* 5. (a) se sigue de aquí que esta última no se acaba por la capitis diminucion mínima.

Quia agnatis juris civilis nomen). Así tambien sucede con la familia porque la agnacion no es mas que un apéndice de la misma. Ni obsta el que tambien otras naciones tuvieron en uso las familias y agnaciones, pues hay muchas cosas que estan en observancia en varias naciones, que sin embargo no son de derecho natural á causa de que están establecidas, no insiguiendo la razon natural de donde se ha de derivar todo derecho de gentes; sino tan solo la civil, como sucede con la adopcion, de la que hablamos mas arriba en el *tit.* 11., y con la usucapion que verémos en el *lib.* 2. *tit.* 6 y lo propio tambien sucede con el derecho de agnacion.

Civilia jure corrumpere potest). Esto no debe entenderse como que por la capitis diminucion mínima se pierdan todos los derechos concedidos á los ciudadanos, sino tan solo á aquellos que son propios de la familia de la cual sale el capite minuido

Naturalia vero non utique). οὐ παντῶ, esto es, no enteramente; y Teófilo dice: *no por la capitis diminucion mínima.* Pompon. *l.* 8 *de reg.* dice: *por ningun derecho civil*; esto es, por ninguna ficcion ó solemnidad del derecho civil, como es la emancipacion: véase el §. *pen. sec. tit.*

«Corresponde la tutela legítima de los «huérfanos en España á sus parientes: pri«mero á la madre, luego al abuelo: y en «último lugar á los demas parientes mas pró«ximos en grado, y hallándose muchos en «uno mismo á todos juntos. *L.* 2. *y* 5. *tit.* 7. «*lib.* 3. *F. R. y l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. A ningu«no de ellos puede obligársele á recibir la «tutela sino quiere; pero en este caso de«be pedir al juez que provea de tutor á «los huérfanos, y no haciéndolo pierde el «derecho de heredarles ab intestato. *L.* 12. «*tit.* 16. *P.* 6.

TITULO DÉCIMO SEXTO.

De la capitis diminucion.

CONC. CON EL LIB. 4. TIT. 5. DEL DIG. (b)

Continuacion y resúmen del título.

En las Pandectas se trata de esta materia entre las restituciones *in integrum*, *l.* 4. *tit.* 5. mas Justiniano despues de haber enseñado lo que era derecho de agnacion, y en consecuencia manifestado que la tutela legítima lo propio que aquel, se extingue por toda especie de capitis diminucion, toma ocasion de aqui para esplicar esta última por separado, lo que hace en este título En él define primeramente la capitis diminucion, y despues dividiendo el género en sus especies define á cada una de ellas, y expone el efecto de las mismas, interpretando en seguida lo que en dicho párrafo último habia dicho de que el derecho de cognacion no se extinguia por toda especie de capitis diminucion, y finalmente por via de corolario nos manifiesta con qué órden se defiere la tutela á los agnados.

(a) L. 6. tit. 13. P. 6. L. 9. tit 16. P. 6.
(b) L. 18. tit. 1. P. 6.

TEXTO.

Definito et divisio.

Est autem capitis diminutio prioris status mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est ca-

pitis de minutio; aut minor, (quam quidam mediam vocant) aut minima.

TRADUCCION.

Definicion y division.

La capitis diminucion es la mutacion del estado anterior, y acontece de tres maneras; pues ó es máxima, ó menor (que algunos llaman media), ó mínima (a).

NOTAS.

Prioris status mutatio). Entre los griegos προτέρας καταστάσεως ἐναλλαγή esto es, mutacion del primer estado. En Paulo en la *l.* 1. *eod.* no se encuentra la palabra *prioris*. Por estado se entienden aquí los derechos concedidos por el nacimiento, por la ciudad, y por el derecho natural, *l.* 5. *de int. et releg.* á saber, la familia, el derecho de ciudadano, y la libertad, *l. ult. hoc. tit.*

Tribus modis). Auson. *Idyll.* 11. dice: *Triplex libertas, capitisque minutio triplex*; esto es, que perdido uno de aquellos tres derechos que mencionamos tiene lugar la capitis diminucion, *d. l. ult.*

COMENTARIO.

Capitis diminutio). La palabra cabeza, (*caput*) puede tomarse en muchos y diversos sentidos como puede verse en Hotomano y otros *in Lexic*. Aquí se significa con ella una persona que disfruta algun estado en el órden de los ciudadanos, cuyo estado cuando lo pierde se dice que es capite minuido. Hotomano piensa que se dice translaticiamente de la persona lo que debe decirse del mismo órden hablando con propiedad: por ejemplo cuando uno es deportado ó emancipado, el órden de los ciudadanos ó de los agnados se disminuye de una cabeza. Vinn. Esta palabra trae su orígen de los censos de los Romanos segun manifestamos en nuestras antigüedades Romanas en este título. A la verdad, los antiguos comúnmente emplean siempre esta frase: *Censa sunt capita civium* 260000; encontrándose ejemplos de ello á cada paso en Livio. Cada vez, pues, que un ciudadano mudaba de estado debia borrarse su nombre de las tablas del censo, y así la ciudad se disminuia de una cabeza, ó por mejor decir se excluia una cabeza de la ciudad, *l.* 2. *ff. de public. judic.* De ahí empezó á decirse *cabeza* en vez de *estado*, y *capitis minucion* por *mutacion* del mismo. Hein.

Status mutatio). *L.* 1. *h. t. L.* 2. *de int. rest.* Los Griegos dicen καταστάσεως ἐναλλαγή κεφαλῆς ἐλάττωσις, esto es, la capitis diminucion es la mutacion del estado. Tambien tiene muchos significados la palabra *estado*; pero aquí se toma únicamente por el derecho que cada uno disfruta en la ciudad; á saber, de libertad, ciudad ó familia, cuyos tres casos abraza Chremes en Terencio *in Eunucho act.* 4. *scen.* 7. *v.* 55. *seq.* en estas palabras: *digo que es libre, ciudadana Ateniense, y hermana mia.*

Tribus modis). Pues es necesario que haya tantas especies de capitis diminucion cuantas son las cualidades que se consideran en la persona de cada ciudadano, de las cuales perdida una se muda su estado, *l. ult. h. t.* Aquellos que solo reconocen dos especies, á saber, la mayor y menor, bajo el nombre de aquella comprenden la máxima y media que aquí se llama tambien menor; lo que hace tambien Ulp. *l.* 1. §. *si filius* 4. *de suis et legit. l.* 1. §. *capitis minutio* 8. *ad Senad. Tertyl.* y Calistrato *l.* 5. §. *ult. de extraord. cogn.* Vinn. Véase lo que dijimos mas arriba en el §. 4. *de Just. et jur.* Hein.

TEXTO.

De maxima capitis diminutione.

1. Maxima capitis diminutio est, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit: quod accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ: vel libertis, ut ingratis, erga patronos condemnatis: vel his, qui se ad pretium participandum venumdari passi sunt.

TRADUCCION.

De la capitis diminucion máxima.

La capitis diminucion máxima tiene lugar cuando alguno pierde á la vez el derecho de ciudadano y la libertad lo que acontece á aquellos que se hacen siervos de la pena por la atrocidad de la sentencia, ó á los libertos condenados por su ingratitud hácia los patronos, ó á aquellos que permitieron venderse con objeto de lucrar el precio. (b)

NOTAS.

Vel libertis). Al liberto ingrato se le despoja de la libertad y se le reduce otra vez á la esclavitud de su patrono, *l.* 2. *C. de libert. et eor, lib.* lo que se observaba tambien entre los Atenienses, Plat. 11. *de legib.* Plut. *in Solon*. Introdujo este derecho el Emperador Claudio. Suet. *in ejus vit. c.* 25.

COMENTARIO.

Cuando perdemos todos los derechos que

(a) D. l. 18. al princ.

(b) L. 18. [illegible]

disfrutamos; á saber, la libertad, la ciudad y la familia, se dice que sufrimos la capitis diminucion máxima, *l. ult. h. t.* Esto tiene lugar siempre en aquellos que son reducidos á esclavitud, pues perdida la libertad se pierden tambien los demás derechos. Asi Régulo es llamado por Horacio capite minuido; esto es, hecho esclavo por el cautiverio, *lib.* 3. *Carm. Ode* 5. *vers.* 42. De los modos de ser uno reducido á la esclavitud se ha tratado latamente en el §. *pen. sud. de jur. pers.* y particularmente de la servidumbre de la pena en el §. *pœnœ servus.* 3. *sup. quib. mod jus dat. pot.*

Ingratia). Asi lo lee Pacio: otros leen *ingratis*: Hotomano *ingrati* y sobreentiende las palabras *crimine ó judicio.* El Emperador Claudio introdujo este derecho, segun Suetonio en su vida *cap.* 5., y trátase de él en el *tit. del C. de libert. et eor. lib.*

TEXTO.

De Media.

2. Minor sive media capitis diminutio est, quum civitas quidem amittitur, libertas veró retinetur: quod accidit ei, cui aqua, et igni interdictum fuerit: vel ei, qui in insulam deportatus est.

TRADUCCION.

De la capitis diminucion media.

La capitis diminucion menor ó media se verifica cuando uno pierde el derecho de ciudad reteniendo, empero, la libertad: lo que sucede á aquel á quien se hubiese prohibido el uso del agua y del fuego, ó al que ha sido deportado á una isla. (a)

COMENTARIO.

1. *Porqué se acostumbraba antiguamente prohibir el uso del agua y del fuego á los delincuentes?*

Libertas retinetur). *L.* 2. §. 1. *l.* 17. §. 1. *de pœn. l.* 6. *de interd. et releg.* Suele oponerse á esto el lugar de Calistrato en la *l. pen.* §. *ult. de extra. cogn.*; mas sin duda alguna dicho lugar está corrompido, y en vez de *velut* debe leerse *vel* como Acursio asegura se encuentra en algunos códigos. Alb. Gentil aclara la dificultad, *lib.* 3. *lect.* 10., haciendo de la partícula *veluti* dos de este modo: *vel uti.* De este modo Calistrato bajo la capitis diminucion máxima comprende la máxima y media, lo que ya antes advertimos acostumbraron otros; á no ser que alguno quiera con Cujacio entender aquel lugar de la libertad segun derecho quiritario, conforme al cual no es libre aquel que deja de contarse en el número de los Quirites, como disputa Cic. *in fin. orat. pro Cœcina.* Vinn. Nada mas cierto que la opinion de Cujacio: pues una era la libertad de derecho de gentes, y otra la de derecho quiritario, la que explicamos en las antigüedades Romanas *ad pend. lib.* 1. §. 25. *seq.* aquella se perdia por la capitis diminucion máxima, esta tambien por la media. Liv. *lib.* 45. *c.* 5. Muy bien trata sobre todo esto el ilustre varon Ger. Nood. *Obs. lib.* 2. *cap.* 21. Heinn.

1. *Cui acua et igni*). Muchos fueron los que dijeron que por derecho antiguo no fué lícito condenar á muerte, ó quitar la libertad, ni aun el derecho de ciudadano á uno aunque fuese delincuente, Cesar *orat. sua. apud. Sallust. de bell. Catil.* Cicer. *in suis pro Aul. Cœcin. pro dom. sua, pro Corn. Balb.* Lactant. *lib.* 2. *c.* 10. Mas como por la observancia de la ley civil sea absolutamente preciso no dejar impunes los delitos y maldades de los hombres malos se inventó un medio para expelerlos de la ciudad, quedando á salvo lo por los antiguos establecido. Asi es, que empezó á prohibirse á los criminales el uso del agua y del fuego para que destituidos de estas dos cosas tan necesarias á la vida humana, si querian evitar su perdicion se viesen obligados á salir desterrados, y á refugiarse en otra ciudad, en la cual desde el momento que eran recibidos dejaban de ser ciudadanos Romanos. No se quitaba, pues, abiertamente la vida, ni tan solo el derecho de ciudadano (pues en semejante pena no se hacia mencion ninguna de destierro) á aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego; pero en cierto modo eran tácitamente condenados á muerte y expelidos de la ciudad á la fuerza, por cuanto no podian vivir ni sostenerse de solo el aire, ni era lícito recibirles á cubierto, ó proporcionarles el agua, ni el fuego, ni las otras cosas necesarias á la vida, como se ve en la misma oracion de Cice. *pro domo sua, cap.* 29. *et* 31.

In insulam deportatus). La deportacion fué una especie de destierro muy atroz, pues el que era á ella condenado, despues de vendidos sus bienes, atado con grillos y embarcado, era deportado por los siervos públicos á una isla determinada, en donde debia permanecer perpétuamente. Con esta pena manifiestamente se excluye una cabeza de la ciudad, y los ciudadanos son reducidos á la condicion de extrangeros, *l.* 17. §. 1. *de pœn. l.* 6. *de int. et releg.* No en un solo lugar se encuentra en nuestros libros que la deportacion á una isla reemplazó la prohibi

(a) L. 18. tit. 1 P. 6. vers. La segunda.

cion del agua y del fuego, *l.* 2. §. 1. *de pœn. l.* 5. *ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extr. cong.* Por lo que, conservándose aun un leve vestigio del antiguo derecho, se reputan los deportados como aquellos á quienes se ha prohibido el uso del agua y del fuego, *l.* 1. §. *hi quibus* 2. *de legat.* 3. *l.* 2. *de publ. jud.*, y del mismo modo se han de interpretar en otros lugares aquellas palabras: véase á Brison. *lib.* 3. *sel. antiq. cap.* 5.

TEXTO.

De minima

3. Minima capitis deminutio est, quum civitas retinetur et libertas, sed status hominis commutatur: quod accidit in is, qui quum sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra: veluti si filius familias á patre emancipatus fuerit, ese capite deminutus.

TRADUCCION.

De la capitis diminucion mínima.

La capitis diminucion mínima tiene lugar cuando uno conserva el derecho de ciudad y la libertad, pero se muda el estado del hombre, lo que sucede en aquellos que siendo dueños de sí mismos empezaron á sujetarse á la potestad de otro, ó al contrario; como si el hijo de familias fuere emancipado por el padre, en cuyo caso es capite minuido. (a)

NOTAS.

3. *Alieno juri subjecti esse*). Por ejemplo los arrogados y sus hijos. *l.* 3. *pr. eod.* §. *pen. sup. de adop.*, y tambien los dados en adopcion á un ascendiente, §. 2. *sup. d. t.*

Emancipatur). El emancipado sufre tambien la capitis diminucion, *l.* 8. *in fin. cum l. seq. h. t.*, pues como dice Paulo, *l.* 3. §. 1. *eod.*, nadie puede ser emancipado sin que sea reducido á una condicion servil, aunque imaginaria. Con todo, en otra parte saca la razon de la mutacion de la familia, *l. ult. eod.* lo que tiene lugar aquí despues de quitado todo vestigio de servidumbre.

COMENTARIO.

1. *Cómo debemos entender lo que dice Ulp., que la capitis diminucion mínima tiene lugar quedando íntegro el estado?*
2. *No solo sufren la capitis diminucion los arrogados, sino tambien los adoptados, aunque hay diferencia entre ellos.*
3. *Porqué razon se dice que los emancipados son capite minuidos, y si despues de desaparecido todo vestigio de servidumbre han dejado de serlo?*

(a) L. 18. tit. 1. P. 6. vers. *La tercera.*

1. *Sed status hominis*). La capitis diminucion mínima es aquella en virtud de la cual, quedando á salvo el derecho de ciudad y libertad, solo se muda el estado del hombre, Ulp. *de tutel.* §. 12. Con todo el mismo Ulp. *l.* 1. §. *capitis.* 8. *ad. SC. Tertyll.* escribe que esta capitis diminucion se verifica, quedando á salvo el estado; lo que puede parecer contradictorio, y en realidad lo seria si esta palabra *estado* se tomase en ambos lugares en un mismo sentido; mas no habrá contradiccion ninguna si no lo hacemos así, siendo como es esta palabra homónima. Así que, dice muy bien que esta capitis diminucion tiene lugar quedando á salvo el estado público, ó sea el que uno tiene como á ciudadano, y del mismo modo habla bien al decir que se verifica no quedando á salvo el estado, pues en este caso entiende el estado privado, ó sea aquel que uno tiene en la familia, *l. ult. h. t.* En la definicion dada al principio de este título bajo la palabra estado se comprenden los dos.

2. *Qui quum sui juris*). Aquel que se da á otro en arrogacion manifiestamente sufre la capitis diminucion, porque transfiere su cabeza á una familia y casa agenas, *l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* Y tambien sus hijos que siguen su condicion, sobre lo que se ha hablado en el §. *pen. sup. de adop.*, son capite minuidos, porque mudan de familia en union con su padre, *l.* 3. *pr. h. t.* Del hijo de familias dado en adopcion por el padre debemos igualmente decir que sufre la capitis diminucion, porque pasa á una familia agena, *l.* 4. §. *pen. de grad. et aff.*, lo que con todo, por la constitucion de Justiniano no sucede hoy dia, sino en el caso en que fuere adoptado por un ascendiente; sobre lo que véase *sup.* §. 2. *de adop. y* §. *antepen. sup. quib. mod. jus patr. potest.*

3. *A patre emancipatus*). En tantas partes se ha dicho ya que los emancipados sufren la capitis diminucion, pierden los derechos de agnacion y de familia, y se consideran despues de la emancipacion como extraños á sus padres, que no puede ocurrir duda acerca de esto; mas la razon porque los emancipados se dice que sufren la capitis diminucion la da Paulo en *d. l.* 3. §. 1. *l. h. t.* diciendo que sucede así porqué son reducidos á un estado servil imaginario. De donde muchos intentan decir que quitado hoy dia el antiguo resto de servidumbre en las emancipaciones, *l. ult. C. de emanc. lib.* §. *prætérea* 5. *sup. quib. mod. jus. pat. pot.*, no sufren los emancipados la capitis diminucion actualmente, del mismo modo que tampoco la sufren aquellos que se hacen dueños de

si mismos por la muerte de su padre ó elevacion á alguna dignidad, *l.* 3. §. *ult. de Senat. Mac. Nov.* 81. *c.* 2. Mucho me temo, con todo, que aquella razon de Paulo no tenga ella misma en sí algo de imaginario; y ciertamente, no es muy adecuada, pues en primer lugar no intervenian ventas ni manumision ninguna en las arrogaciones, y á pesar de ello los arrogados y sus hijos se decia que sufrian la capitis diminucion por el solo hecho de mudar de familia. Por otra parte, si despues de quitadas las ventas aquellas, los emancipados no son capite minuidos ¿qué necesidad habia de que Anastasio conservase á peticion del padre manumisor los derechos de tutela y sucesion á los hijos manumitidos sin este rito? *L.* 11. *C. de leg. hœr.* Finalmente, si los derechos de agnacion y de familia no se perdiesen sino por la intervencion de aquel contrato imaginario, no era necesario que Justiniano dispusiese especialmente que aquellos que por alguna dignidad salian de la patria potestad conservasen integros los mencionados derechos, *d. Nov.* 81. *cap.* 2. Por esta razon me parece mejor que fundemos la capitis diminucion en la mutacion de la familia, y esto mismo hace Paulo en la *l. ult. h. t.* Mi parecer pues es de que, aun despues de quitadas aquellas ventas se puede decir que los emancipados sufren la capitis diminucion á causa de que no menos por la nueva emancipacion que por la antigua perdian el derecho de familia, y se consideraban como extraños segun se deduce de lo que ya he dicho. Por lo demas, habiéndose por derecho novísimo quitado toda diferencia entre agnacion y cognacion sobre la sucesion y tutela, *Nov.* 118. *c.* 4. *y* 5. (a) apenas podemos contar la emancipacion entre las especies de capitis diminucion. VINN. La razon de Paulo me parece del todo sólida: de ahí es, que cuando las Vírgenes Vestales eran escogidas por el Pontífice, observa como un singular privilegio Gelio, *lib.* 1. *cap.* 12, que las escogidas salian de la patria potestad sin la emancipacion ni la capitis diminucion. Las razones con que Vinnio refuta á Paulo no son de mucho peso; pues por lo que hace á la primera puede haber muchas causas de una misma cosa; y las dos últimas se disuelven por las mismas leyes de Anastasio y Justiniano; pues aunque este quitára las ventas imaginarias quiso con todo que las emancipaciones Anastasiana y Justiniánea tuvieran el mismo efecto que la antigua, como si hubiesen intervenido las referidas ventas. HEIN.

(a) L. 9. tit. 16 P. 6. L. 6. tit. 13. P 6

TEXTO.

4. Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.

TRADUCCION.

El siervo manumitido no sufre la capitis diminucion porque no tenia antes ninguna cabeza

NOTAS.

4. *Servus capite non minuitur*). La cabeza servil no disfrutaba de derecho ninguno, *d. l.* 3. *in fin.*; ni el de familia, ni el de ciudad, ni el de libertad, aunque despues por medio de la manumision los conseguia.

COMENTARIO.

El siervo no tiene derecho ninguno, y así no puede ser capite minuido, segun dice Paulo, *l.* 3. *in fin. eod.* Lo que pues dice aquí Justiniano, de que el siervo no tiene cabeza es lo mismo que si dijese que el siervo no tiene ningun derecho ó cualidad de aquellas tres que dijimos ser propias de los ciudadanos; á saber, la libertad, ciudad y familia, á las que en este tratado se refieren las palabras cabeza y estado, que por otra parte pueden tomarse en un sentido mas lato y referirse tambien á los siervos, *tit. de stat. hom. et sup. de jur. pers.*

TEXTO.

De mutatione dignitatis.

5. Quibus autem dignitas magis, quam status permutatur, capite non minuuntur, et ideo á Senatu motos capite non minui constat.

TRADUCCION.

De la mutacion de dignidad.

Aquellos á quienes se muda mas bien la dignidad, que no el estado no sufren la capitis diminucion, y así los expelidos del senado consta que no son capiteminuidos.

COMENTARIO

Bajo el nombre general de estado viene tambien comprendida la dignidad, por lo que si alguno es expelido del Senado ú otro órden se dice muy bien que es castigado acerca del estado de la dignidad, *l.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* Mas como solo se perjudica de

este modo la reputacion del expelido, quedando íntegros los demas derechos que constituyen propiamente al ciudadano, por esta causa se dice en este párrafo no sufrir la capitis diminucion, sino que quedan íntegros los derechos de ciudadano, *l.* 3. *ff. de senator.*

TEXTO.

Interpretatio §. ult. sup. tit. prox.

6. Quod autem dictum est, manere cognationis jus etiam post capitis diminutionem; hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat; manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio interveniat; jus quoque cognationis perit: ut puta servitute alicujus cognati, et ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

TRADUCCION.

Interpretacion del §. último del título próximo anterior.

Lo que se ha dicho de que el derecho de cognacion subsiste, aun despues de la capitis diminucion, debe entenderse cuando solo interviene la capitis diminucion mínima, pues entonces queda subsistente la cognacion, mas si interviniese la capitis diminucion máxima tambien se extingue el derecho de cognacion, como por ejemplo por la servidumbre de algun cognado; de modo que aunque despues fuere manumitido no recobra la cognacion. Tambien si alguno fuere deportado á una isla la cognacion se disuelve.

NOTAS.

6. *Si minima capitis diminutio*). Por ejemplo: si L. Ticio primo hermano mio por parte de padre, fuese por este emancipado; aunque pierde los derechos de agnacion, conserva con todo los de cognacion, y así es llamado á la mútua sucesion segun el edicto *unde cognati*, §. 1. *infr. de succ. cogn.*

COMENTARIO.

1. *En cuántos sentidos se toma el derecho de sangre ó de cognacion?*
2. *Los manumitidos no recobran el derecho de cognacion perdido con la servidumbre, mas los que han sido restituidos por beneficio del Príncipe sí.*

Vuelve ahora el Emperador á lo que en el §. *ult. del tit. ant.* habia dicho de que el derecho de cognacion no se disuelve por todas las especies de la capitis diminucion, como sucede con la agnacion, de donde tomó ocasion de tratar especialmente de la capitis diminucion, para que de este modo se entendiera esto mejor. Enséñanos, pues, ahora, que lo que dijo de la cognacion, que no se extinguia como la agnacion siendo capite minuido el cognado, debe tan solo entenderse de la capitis diminucion mínima; pues que la máxima y media como que se comparan á la muerte, *l. verum* 63. §. *societas* 10. *pro soc.*, tambien extinguen el derecho de cognacion.

1. *Jus quoque cognationis perit.*) Puede parecer que obsta á esto lo que Pomponio dice en la *l.* 8. *de reg. jur.* de que los derechos de sangre no pueden disolverse por ningun derecho civil; mas ha de saberse que los derechos de sangre ó de cognacion pueden tomarse en dos sentidos: ó naturalmente y por aquel derecho en el que solo se mira el parentesco de la sangre; ó por los derechos que la ley civil ó el derecho honorario conceden á los cognados por causa del parentesco. Si tomamos el derecho de sangre en el primer sentido no puede extinguirse por ningun derecho civil, y así este no puede hacer que aquel que es padre deje de serlo; que el hermano deje de ser hermano, ni que subsistan las nupcias entre el padre y la hija, entre el hermano y la hermana. Si se toma, empero, en el otro sentido no hay duda que puede quitarse á ciertas personas, y así puede el derecho civil disponer que el hijo no sea llamado á la sucesion del padre, ni el hermano á la del hermano en determinados casos, ni tampoco á la posesion de los bienes, en virtud de los edictos *unde liberi y unde cognati* (a). Pues aunque este derecho se llama muy bien natural á causa de aquello porque se concede, que es el parentesco natural; con todo, como solo se halla establecido entre los ciudadanos, tambien en cierto modo se refiere al derecho civil, *l.* 17. §. 1. *de pœn*: de donde se deduce que tambien por una ley civil; esto es, por la capitis diminucion, puede extinguirse. Exceptúase, con todo, aquella que tiene lugar quedando á salvo los derechos de ciudadano.

2. *Ne quidem si manumissus.*) Aquel que ha sido reducido á la esclavitud por alguna causa no recobra la cognacion despues de ser manumitido, ni tampoco es llamado á la posesion de los bienes por el Pretor en virtud del edicto *unde cognati*, *l.* 1. §. 2. *l.* 7 *unde cogn. et inf. de serv. cogn. in pr.* Pues si bien el señor puede dar la libertad á su siervo, y renunciar al derecho que sobre él tiene, no puede restituirle el derecho de cognacion que habia perdido por la servidumbre. Con todo, si alguno que habia sido hecho siervo de la pena, fuere restituido

(a) Reg. 31. tit. ult. P. 7.

por beneficio del Príncipe, tambien recobrará el derecho de cognacion, *l.* 1. §. 4. *ad Tertyll. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *de bon. poss. con tab.* Esto es lo que se observaba por derecho antiguo; mas posteriormente Justiniano quiso que tambien los libertinos sucedieran á semejanza de los ingénuos, §. 2. *inf. de serv. cogn.*, y mas posteriormente aun, igualó enteramente á unos y otros, á excepcion del derecho de patronato, *Nov.* 78.

Cognationem). Es decir, aquel derecho que tenia cuando aun era libre y ciudadano á causa de su parentesco. Por lo demas el mismo parentesco ó sea la relacion nacida de la sangre no se extingue por la servidumbre; por consiguiente servirá de impedimento para contraer matrimonio despues de la manumision, §. *illud.* 10. *sup. de nupt.*

In insulam deportatus). Tambien los deportados pierden los derechos de cognacion; pero si fueren restituidos por el Príncipe recobran en un todo sus respectivos estados, §. 1. *sup. quib. mod. jus. pat. pot. solv.*

TEXTO.

Ad quos agnatos tutela pertinet.

7. Cum autem ad agnatos tutela pertineat; non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantùm, qui proximiore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt; ad omnes pertinet, veluti si plures fratres sunt qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.

TRADUCCION.

A qué agnados pertenece la tutela.

Aunque la tutela corresponda á los agnados; con todo, no pertenece á la vez á todos ellos sino tan solo á aquellos que son mas próximos en grado, y si hubiere muchos de un mismo grado, corresponderá á todos ellos. Asi si hay muchos hermanos que están en un grado igual serán igualmente llamados á la tutela. (a)

NOTAS.

7. *Cum autem ad agnatos*). Está esto copiado de Cayo, *l.* 9. *D. de leg. tut.*

COMENTARIO.

Qui proximiore gradu). Pues es muy justo que sufran el cargo de la tutela aquellos que son llamados á la sucesion; y son llamados á ella únicamente los próximos agnados, *inf. de leg. ang. succ.* (b).

(a) L. 9. tit. 16. P. 6.
(b) L. 10. tit. 16. P. 6. vers. *E. por ende.*

Ad omnes pertinet). Si hubiere muchos agnados de un mismo grado se defiere igualmente la tutela á todos ellos, *l.* 8. *et l.* 9. *de leg. tut.* pues que todos ellos son á la vez admitidos á la sucesion, §. 5. *inf. de leg. agn. succ.* Qué sucederá, empero si alguno de los mas próximos agnados ó todos ellos hubieren muerto, ó sido capite minuidos? Con tal que sobreviva uno y permanezca en la familia queda la tutela á su cargo segun la ley 3. §. 5. *de l. tut.* Mas si todos hubieren muerto, ó sido capite minuidos, entran á la administracion de la tutela los siguientes en grado, *d. l.* 3. §. *pen.* En este punto antiguamente la tutela legitima se diferenciaba de la sucesion legítima de los agnados en la que no tenia lugar la sucesion; esto es, que si faltaban los mas próximos no eran admitidos los siguientes en grado, §. *placebat.* 7. *inf. d. t.* Ni tampoco en la tutela se observa siempre esto; pues si el mas próximo agnado se hubiese excusado, ó hubiese sido removido por sospechoso no entran los inmediatos en grado, sino que en lugar del que falta es nombrado otro por el Magistrado, *arg. d. l.* 3. §. *quæri* 8. Otro tanto debemos decir si el próximo agnado no fuere idóneo para administrar la tutela, *arg.* §. *pen. inf. de curat. l. non solùm* 10. §. *si libertus* 7. *de exc.*, pues en este caso aun subsiste el próximo grado. Por una constitucion novísima de Justiniano la tutela legitima se defiere á los cognados, igualmente que á los agnados, *Nov.* 118. *c.* 5., lo que tambien estaba dispuesto por una ley de Platon que decia: ἐπιτρόπους εἶναι νούς ἐγγύτατα γένει πρὸς πατρὸς καὶ μητρὸς, esto es, sean tutores los mas próximos parientes de parte de padre ó madre, *lib.* 11. *de legib.*

«Segun el *art.* 1. *de la Const. vigente* son « españoles. 1.° Todas las personas nacidas en « los dominios de España. 2.° Los hijos de pa- « dre ó madre españoles aunque hayan nacido « fuera de España. 3.° Los extrangeros que « hayan obtenido carta de naturaleza. 4.° Los « que sin ella hayan ganado vecindad en « cualquier pueblo de la Monarquia. Segun « el mismo artículo la cualidad de español « se pierde por adquirir naturaleza en país « extrangero, y por admitir empleo de otro « gobierno sin licencia del Rey.—Se gana la « vecindad con el hecho de habitar diez « años consecutivos en un lugar, *L.* 7. *tit.* 14. « *lib.* 1. *L.* 6. *tit.* 4. *lib.* 7. *N. R. L.* 2. *tit.* « 24. *P.* 4. Por lo demas toda la doctrina de « la capitis diminucion está enteramente en « desuso entre nosotros.»

TITULO DÉCIMO SÉPTIMO.

De la tutela legítima de los patronos.

CONC. CON EL LIB. 26. TIT. 4. DEL DIG. Y CON EL LIB. 5. TIT. 30. COD. (a).

Continuacion.

De las cuatro especies en que dividimos la tutela legitima hay explicada la primera; esto es, la tutela de los aguados. Siguese ahora la de los patronos, quienes son propiamente tambien llamados legítimos segun la razon y sentido de la ley de las doce tablas, *l. 1. l. 3. de leg. tut. junct. l. 6. §. 1. de verb. sign.*

TEXTO.

Ex ratione Leg. 12. Tab. quæ tutelas agnatis ideireo defert, quia hæredes ab intestato sunt, inductum est. ut patroni liberorum suorum tutelam susciperent, quæ ideo legitima dicitur, *l. 3. D. de legit. tut.*

Ex eadem legem duodecim tabularum, libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ et ipsa legitima tutela vocatur non quia nominatim in ea legem de hac tutela cavatur; sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quod hæreditates libertorum libertarumque. si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere; crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere quum et agnatos, quos ad hæreditatem lex vocat, eosdem et tutores esse jusserit: quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque: quia si à fœmina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, quum alius sit tutor.

TRADUCCION

De la razon de la ley de las doce tablas que defiere la tutela á los agnados, porque son herederos ab intestato, se ha deducido que los patronos se encarguen de la tutela de sus libertos, cuya tutela por esta causa se llama legítima, *l. 3. D. de legit. tut.*

Por la misma ley de las doce tablas la tutela de los libertos y libertas corresponde a los patronos y sus hijos, siendo tambien llamada legítima; no porque expresamente se establezca dicha tutela en esta ley, sino porque ha sido recibida por interpretacion, como si hubiere sido introducida por las palabras de la ley. Pues en el mismo hecho de haber mandado esta que las herencias de los libertos y libertas muertos ab intestato correspondiesen á los patronos é hijos de estos, creyeron los antiguos haber tambien la ley querido que les perteneciese la tutela de los mismos; pues que manda ser tutores á aquellos agnados á quienes llama á la sucesion, porque las mas de las veces en donde está el provecho de la sucesion debe tambien hallarse el cargo de la tutela (b). Hemos dicho las mas de las veces, porque si un impúber fuere manumitido por una muger aunque esta es llamada á la sucesion, otro con todo es el tutor.

COMENTARIO.

Non quia nominatim). La ley de las doce tablas defiere la tutela á los patronos; no clara y manifiestamente y con expresas palabras, como lo hace con los agnados, sino por consecuencia de la sucesion que la misma ley concede á los patronos, *l. 3. pr. de leg. tut.* Ulp. *de tutel.* §. 2.

Per interpretationem). Esto es, la interpretacion de los prudentes á quienes era permitido interpretar públicamente las leyes, y responder á los que les consultaban acerca del derecho, §. *responsa prudentum* 8. *sup. de jur. nat. gent. et civ. l.* 2. §. *his leg.* 5. *de orig. jur.*

Perinde accepta est). Esta palabra *ex legibus* dice Ulpiano que debemos entenderla *tanto por el sentido de las leyes como por sus palabras, l.* 6. §. 1. *de verb. sign.* Y Celso dice que: *saber las leyes, no consiste en recordar sus palabras, sino su fuerza y sentido, l. scire* 17. *de legib.* (c)

Ubi succesionis est emolumentum). Los intérpretes dedujeron que los patronos son llamados por la ley á la tutela de los libertos, porque lo son tambien á su sucesion ab intestato; fundándose en que no por otra causa

(a) L. 10. tit. 16. P. 6.

(b) L. 10. tit. 16. P. 6.

(c) L. 13. tit. 1. P. 1

se defiere la tutela á los agnados, sino porque la ley los ha llamado á la sucesion, *l.* 1. *d. l. tut.* Muy bien y conforme á la naturaleza del derecho se ha dispuesto que sufra las cargas de una cosa aquel que reporta sus ventajas, *l.* 10. *de reg. jur. l. un.* §. *pro secundo.* 4. *Cod. de cad. toll.* (a)

A fœmina manumittatur). En algunos casos unos tienen el provecho de la sucesion, y otros el cargo de la tutela; y esto sucede siempre que aquellos que son llamados á la primera no son idóneos para administrar la segunda. Por ejemplo, si fuere m que hubiere manumitido al siervo, ó l consanguínea mas próxima del pupilo, 1. §. 1.; pues la tutela es un cargo varc *l.* 16. *l. ult. de tutel. l.* 2. *de reg. jur.* (b Exceptúanse la madre y abuela, á quienes se permite desempeñar la tutela de sus hijos, con tal que no pasen á segundas nupcias, y renuncien por lo tocante á la tutela el beneficio del senado consulto Veleyano, *anth. matri et aviæ cum. auth. seq. C. quand. mul. off. tut.* (c)

TÍTULO DÉCIMO OCTAVO.

De la tutela legitima de los padres.

TEXTO.

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa legitima vocatur nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

TRADUCCION.

A ejemplo de la de los patronos se ha introducido otra tutela llamada tambien legítima; pues si uno emancipare dentro de la impubertad á su hijo ó hija, nieto ó nieta habido del hijo, y así sucesivamente será el emancipante su tutor legítimo.

COMENTARIO.

La tercera especie de tutela legítima es la de los padres que emanciparen á sus hijos impúberos, interponiendo el contrato de fiducia; lo que se entiende hacerse siempre segun la constitucion de Justiniano. §. *ult. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.* Recuérdese lo que dijimos en el §. *præterea* 6. *sup. quib. mod. jus. pat. pot.* Esta tutela no se ha introducido por la interpretacion de la ley de las doce tablas á la manera que la anterior de los patronos; pues que la ley no llamá á los padres á la sucesion de los hijos emancipados del mismo modo que llama á los patronos á la de sus libertos. Así es que Ulpiano da á esta tutela el nombre, no de legítima, sino de fiduciaria, *tit. de tutel.* §. 4. Con todo, como ha sido introducida á semejanza de la tutela de los patronos por derecho civil, pues el padre que manumite á su hijo se reviste de la cualidad de patrono y por esta razon es llamado á la sucesion legítima del hijo, *l.* 10. *de suis et leg. l.* 2. *C. ad sen. Tert.*, que se considera respecto á él como liberto, *l.* 1. *si á par, quis man.*, por esta razon ha prevalecido el que esta tutela se llame mas bien legítima que fiduciaria, como que tambien se derivase de la razon de la ley de las doce tablas; por cuya causa se dice que el padre manumisor hace las veces de tutor legítimo, *l.* 5. *in fin. de leg. tut.*

TÍTULO DÉCIMO NONO.

De la tutela fiduciaria

TEXTO.

Filii fam. á patre manumissi pater tutor est legitimus: eo vero defuncto, frater tutor fiduciarius existit.

Est et alia tutela, quæ fiduciaria appellatur, nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem vel deinceps impuberes manumisserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores, quoniam filius quidem defuncti, si non esset á vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita

(a) Reg. 29. tit. últ. P. 7.
(b) L. 4. tit. 16. P. 6.
(c) D. l. 4. y l. 9. tit. 16. P. 6

tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis: quod nostra constitutio in omnibus tutelis et curationibus observari generaliter præcepit.

TRADUCCION.

El padre es tutor legítimo del hijo de familias por él manumitido; mas despues de su muerte el hermano es su tutor fiduciario.

Hay otra tutela que se llama fiduciaria; pues si el padre manumitiere dentro de la impubertad al hijo ó hija, nieto ó nieta, y asi sucesivamente, adquiere la tutela legítima de los mismos. Si despues de su muerte existiere hijo suyo varon será tutor fiduciario de sus hijos ó del hermano y hermana, ó de los demas; pues muerto el patrono tutor legítimo, su hijo es tambien tutor legítimo, supuesto que el hijo del difunto, si no hubiere sido emancipado durante la vida del padre, despues de la muerte de este se hubiera hecho dueño de sí mismo, y no hubiera recaido en la potestad de los hermanos y asi tampoco en su tutela. Mas si el liberto hubiese permanecido siervo hubiera continuado del mismo modo en poder de los hijos de su señor despues de la muerte de este. Con todo, solo son dichos hijos llamados á la tutela si fueren de una edad perfecta; lo que por nuestra constitucion se manda observar generalmente en todas las tutelas y curadurías.

NOTAS.

Filiorum suorum.) Y así tambien el padre lo será de su hijo emancipado por el abuelo contra la opinion de Cujacio, Hontom. y Fabroto; pues no pasando el derecho de patronato, que el abuelo tuvo en el nieto, al padre en su cualidad de heredero, *l. 4. §. 1. si d. par. man.* tampoco puede pasar la tutela á la que dió origen aquel derecho: véase á Bacovio y nuestro comentario aquí.

Si perfectæ sint ætatis). Véase á Bacov. §. 15. *inf. de excusat. tut.*

COMENTARIO.

Bajo la palabra general de tutela legítima hemos tambien comprendido la fiduciaria en el *tit. de la tutela legítima de los agnados*; pues que en cierto modo hace tambien las veces de legítima porque á la manera de los tutores legítimos, los fiduciarios se hacen tales *ipso jure*, y excluyen á los Atilianos; por lo que en los mismos lugares en que se trata de los tutores legítimos se explican tambien los fiduciarios, como se ve aquí y en *las Pandectas*, *l. 4*. Por lo demas, como estas tutelas no pueden referirse por interpretacion ninguna á la ley de las doce tablas, asi es que no se han llamado legítimas, sino por un nombre peculiar *fiduciarias*; sin duda alguna por abuso de la palabra la que no habiendo prevalecido en el padre, (á quien únicamente conviene en un sentido propio) pasó como hereditaria á sus hijos por falta de otro nombre, como conjetura muy bien Hotomano. Vinn. Propiamente hablando la tutela fiduciaria fué aquella que el padre natural tomaba á *semejanza del patrono* despues de haber vuelto á adquirir del comprador al hijo que habia vendido, y despues de haberle manumitido, Ulp. *tit. XI*, §. 5. Y así, este nombre era el que correspondia á la tutela que en el título anterior llama Justiniano tutela legítima de los padres. Y á la verdad, interviniendo el contrato de fiducia entre el padre natural y el fiduciario, apenas puede darse la razon de porqué se haya de llamar mas bien fiduciaria la tutela de los hermanos, que la de los padres. Por otra parte, esta tutela no se deriva menos de la interpretacion de la ley de las doce tablas que aquella; pues el padre emancipante se considera como patrono, y asi tambien el hermano del emancipado como hijo del patrono, por lo que le pertenecerá la tutela despues de muerto el padre. Hein.

Filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cœterorum). Debe observarse que se ponen aquí por Justiniano tres grados de la tutela fiduciaria; de los cuales el primero es de los hijos; el segundo del hermano ó hermana; y el tercero de los demas; pues no solo el hermano es tutor fiduciario de sus hermanos emancipados, ó el tio paterno de sus sobrinos, despues de muerto el padre emancipante, y tutor legítimo, sino que tambien el mismo padre lo es de sus hijos emancipados por el abuelo, despues de muerto este; y no legítimo como el abuelo, sino fiduciario contra lo que piensan Hotomano y Mynsingero. La razon porque no se considera en este caso tutor legítimo la veremos luego.

Atqui patrono). Dícese esto por *prolepsis*; pues podia parecer que puede decirse que son tutores legítimos todos estos á ejemplo de los hijos del patrono, quienes muerto este que era el tutor legítimo se hacen tambien tutores legítimos; mas este ejemplo es muy desemejante; pues la ley de las doce tablas no solo llama á la sucesion y por consiguiente á la tutela de los libertos, á los patronos, sino tambien á sus hijos, por la misma razon por la que son llamados los patronos. Mas el padre ó el hermano no son los herederos legítimos de sus hijos ó hermanos emancipados por el abuelo ó padre, y así tampoco son sus tutores legítimos, *l. 1. unde legit. l. 5. unde cogn.* Y esta razon general milita en todas las personas que hemos enumerado. Otra da luego Justiniano.

Quoniam filius quidem). Con estas palabras

se suelta la objecion propuesta; mas la razon de la diversidad que Justiniano dá aquí es particular, y parece claudicar en el nieto emancipado por el abuelo, pues que dicho nieto sino hubiere sido emancipado, despues de la muerte del abuelo, hubiera recaido en la potestad de su padre retenido en la de aquel; y asi segun la razon de Justiniano tambien deberia despues de la muerte de este haber recaido en la tutela legítima de su padre, á no ser que digamos que se diferencía en que los hijos del patrono adquieren el derecho de patronato por derecho hereditario, y en su consecuencia la tutela legítima que sigue á aquel, del mismo modo que si el liberto hubiese permanecido esclavo, despues de la muerte de su señor hubiera recaido en la potestad de sus hijos por derecho de herencia. Mas los hijos recaen en la potestad del padre, no por derecho de sucesion, sino por propio derecho de este; pues que el desheredado queda en la misma, sin que el derecho de patronato que el abuelo tuvo en el nieto pase al padre por su cualidad de heredero, *l.* 1. §. *pen. si á par. quis man.* De modo que no se ha de extrañar el que no le suceda en la tutela el que no le sucede en el derecho de patrono, ó sea en la potestad que dió origen á la misma. Muy bien advierten aquí los intérpretes que los tutores fiduciarios dejaron de existir desde el momento que los hermanos emancipados fueron llamados á la tutela legítima de sus hermanos por Anastasio, *l.* 4. *C. de legit. tut.*; y principalmente despues de publicado el derecho novísimo, en virtud del cual se ha quitado en esta parte enteramente toda diferencia entre el derecho de agnacion y el de cognacion, *N.* 118. *c.* 4 y 5.

Nec in tutelam). Sobreentiéndase: *legitimam emancipatus recidit;* de otro modo seria manifestamente falso; pues aquel de los hermanos retenidos en la potestad del padre, que despues de la muerte de este es de una edad perfecta se hace tutor legítimo del otro hermano. Hotomano piensa que todo esto es adventicio y notado por el Glosista.

Perfectæ etatis). *L. ult.* §. 4. *C. de leg. hær.* Llama edad perfecta á aquella en que se completa la robustez varonil, esto es, los veinte y cinco años, *l.* 1. §. 2. *de min. l.* 4. *l.* 8. *de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. C. de his qui ven. ætat.* (a). Lo que nota Cujacio y copia Pacio de que antiguamente se observaba el que los menores de veinte y cinco años pudiesen ser tutores legítimos y dativos manifestamos ser falso, *infr. de excus.* §. *item. major.* 13.

«Como en España la *l.* 9. *tit.* 16. P. 6. «llama á los cognados á la tutela bajo el «nombre general de *parientes* sin tener en «cuenta la agnacion, parece que tanto al pa-«dre emancipante como á sus hijos constitui-«dos bajo su potestad debe corresponder la «tutela legítima del emancipado en razon de «ser cognados; por lo tanto entre nosotros «nunca habrá precision de recurrir á las tute-«las de que se habla en este título y el anterior «á pesar de que se encuentran confirmadas «en la *l.* 10. *tit.* 16. *P.* 6.»

TÍTULO VIGÈSIMO.

Del tutor Atiliano y de aquel que se daba por la ley Julia y Ticia.

CONC. CON EL LIB. 26. TIT. 5. DEL DIG. Y CON EL LIB. 5. TIT. 34 Y 36. DEL COD. (b)

Continuacion y resúmen del título.

Pasa ahora el emperador á la tercera especie de tutela; á saber, la dativa ó Atiliana, de la que se habla en último lugar, manifestándose por qué ley, por medio de qué Magistrado, y cuando se da tutor, tratándose al último ligeramente de lo que en general pertenece á todos los tutores y á su cargo.

TEXTO.

Jus antiquum, si nullus sit tutor.

Si cui nullus omnino, tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem á Prætore urbano et majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia: in Provinciis

(a) L. 8. tit. 16. P. 6. al. n.
(b) Tit. 16. P. 6.

vero á Præsidibus provinciarum ex lege Julia et Titia.

TRADUCCION.

Derecho antiguo para cuando no hay tutor ninguno.

Si uno no tenia absolutamente tutor ninguno, se le daba en la ciudad por el Pretor urbano y la mayor parte de los Tribunos de la plebe conforme á la ley Atilia; mas en las provincias se nombraba por los Presidentes de ellas segun la ley Julia y Ticia

NOTAS.

Ex lege Atilia). Dos cosas debemos notar aquí: primera, que el derecho de dar tutor no compete al Magistrado en virtud de su jurisdiccion, sino por una especial concesion de la la ley 6. §. 2. *D. de tut.*; segunda, que por la ley Atilia se quitó en este particular el derecho de oponerse á los cólegas de los Tribunos. Hotomano.

Lege Julia et Titia). Esta ley fué única como la ley Julia y Papia, y no consta de cierto cuando ó por quien fué dada. Vinn. Por el contrario consta muy bien que dicha ley fué promulgada en el año de la fundacion de Roma 722, siendo cónsules César Augusto por tercera vez, y M. Ticio: véase á H. Vales. *ad Excerpta Peiresc. p.* 61. La Atiliana fué dada en el año 415 por L. Atilio Régulo tribuno de la plebe, Liv. *l.* 9. *c.* 30. segun demostramos en las antigüedades Romanas *h. t.* §. 9. Hein.

COMENTARIO.

Nullus omnino). Ni testamentario, ni legítimo, ó los bajo estos nombres comprendidos; como son, el que ha de ser confirmado por el Magistrado y el fiduciario, (a) siendo este el primer caso de los dos en que tiene lugar el tutor Atiliano, encontrándose el otro en el §. 1, de este mismo título. Dos causas se ponen aquí, que conviene concurran á la constitucion de esta tutela: la una es remota; á saber, las leyes Atilia, Julia y Ticia, de las cuales no consta cuando, ni por quienes fueron dadas; la otra es próxima, á saber, el hecho del Magistrado á quien compete el derecho de nombrar tutores segun esta ley; esto es, en la ciudad al pretor en union con los Tribunos de la plebe; y en las Provincias á sus Presidentes. De ahí es de donde sabemos que solo tuvieron derecho de nombrar tutores aquellos á quienes expresamente se habia concedido por alguna ley, *l.* 6. §. 2. *de tut.*

Majore parte tribunorum). Esto es seis, pues eran diez, *l.* 2. §. 34. *ff. de orig. jur* Liv. *lib.* 5. *c.* 20. Halicar. *lib.* 6. Esto con todo, no ha de entenderse como que el Pretor á una con los seis Tribunos pudiese nombrar tutor á quien quisiese, sino que concurriendo todos los tribunos debia hacerse el nombramiento conforme al voto de la mayor parte; quitándose en este particular el derecho de oponerse á los cólegas cuando en otros casos por el voto que uno solo de estos interpusiese podia impedir lo que los demas habian decretado segun acertadamente advierte aquí Hotomano, y á cada paso manifiesta Livio.

(a) L. 12. tit. 16. P. 6. a. princ.

TEXTO.

Si spes sit futuri tutoris testamentarii

1 Sed et si in testamento tutor sub conditione; aut ex die certo datus fuerat; quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item si puro datus fuerat; quamdiu ex testamento nemo hæres existebat, tamdiu ex eisdem legibus tutor petendus erat: qui desinebat esse tutor, si conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres extiterat.

TRADUCCION.

Si se espera que ha de existir un tutor testamentario.

Aunque en el testamento se hubiese nombrado tutor, si habia sido bajo de condicion ó desde cierto dia, mientras aquella estaba en suspenso ó este llegaba, segun las mismas leyes podia interinamente darse otro tutor. Lo mismo sucedia cuando se habia nombrado puramente, mientras no habia heredero por el testamento; pues en este interin debia pedirse tutor, segun las mismas leyes; cuyo tutor dejaba de serlo si existia la condicion, llegaba el dia, ó habia heredero.

COMENTARIO.

1. *Porqué razon el tutor nombrado en testamento desde cierto dia no lo sea desde luego?*
2. *Porqué la tutela testamentaria está en suspenso mientras no hay heredero del testamento?*
3. *En qué caso se verifica el que entre la muerte del testador, y la adicion de la herencia transcurra algun tiempo?*
4. *En algunos casos debe nombrarse tutor por el Magistrado para el impúber que ha de adir la herencia.*

Propónese aquí otro caso en que el tutor es nombrado por el Magistrado; á saber, si aquel que ha sido dado en testamento no puede desde luego encargarse de la tutela,

pues está generalmente establecido que mientras se espera la tutela testamentaria no hay lugar á la legítima, *l. 11. de test. tut.* Por cuatro causas principalmente no puede el tutor encargarse desde luego de la tutela: ó ya porqué se ha nombrado bajo condicion, ó desde cierto dia; ó porque el heredero instituido difiere la adicion de la herencia; ó finalmente porque aquel que ha sido nombrado tutor en testamento ha sido hecho prisionero por los enemigos; sobre lo que véase el párrafo siguiente.

1. *Sub conditione, aut ex certo die*). *D. l. 11. de test. tut.* Acerca de la condicion no hay duda ninguna, pues que suspende todos los actos, §. 4. *inf. de verb. obl.* El dia incierto se reputa tambien por condicion *l. 1.* §. 2. *l. dies 75. de cond. et dem.* Solo podia haber alguna razon de dudar acerca del dia cierto; pues asi como este añadido á una obligacion no impide el que aquello que se ha prometido se deba desde luego §. 2. *inf. de verb. oblig.*, asi tambien el tutor nombrado desde cierto dia podria parecer que es tutor desde luego, de modo que no pudiese nombrarse otro segun la regla dada en el §. *pen. inf. de curat.* Pero la comparacion claudica; pues la razon no permite que digamos ser tutor aquel á quien ningun derecho quiso el testador conceder antes del dia prefijado.

2. *Nemo hæres existebat*). Esto mismo se dice tambien en la ley 10. *pr. de test. tut.*; y la razon es porque mientras pende la adicion de la herencia está en suspenso todo lo contenido en el testamento; y así como esto se confirma despues de adida la herencia, asi tambien, no mediando la adicion, se destruye á una con el testamento, *l 9. d. tit.*

3. Puede con todo suceder que entre la muerte del testador y la adicion de la herencia transcurra algun espacio de tiempo; ya porque el heredero haya sido instituido bajo de condicion, ya porque haga huso del tiempo de la creacion ó derecho de deliberar. Por lo demás, esto solo puede referirse al caso en que la confirmacion del testamento pende de la adicion del heredero instituido, pues si el padre hubiere nombrado tutor, y al mismo tiempo instituido heredero á un hijo impúber al que tiene en su potestad; este como heredero suyo y necesario adirá la herencia *ipso jure.* §. 2. *inf. de hær. qual.* y asi como desde el momento de la muerte del padre es heredero *ipso jure,* así tambien la tutela se confirma desde luego por este hecho, pues como dice J. Fabro la suidad se tiene por adicion, *l. 14. de suis et leg.* lo que trata mas latamente Ant. Fab. *Jurispru. tit. qui test. tut. pr. 1. ill. 18.* Mas supongase que habiendo el padre nombrado tutor á un hijo impúber, á quien desheredó, ha instituido heredero á un extraño. Mientras que el heredero delibera acerca de adir la herencia, debe pedirse interinamente otro tutor al Magistrado. Lo mismo diremos si el padre diese tutor al hijo emancipado, desheredado, ó preterido; pues tambien en este caso deberá ser confirmado como á testamentario. Con todo, es necesario que antes de ser confirmado por el Pretor el tutor nombrado, se confirme el testamento con la adicion de la herencia.

4. Mas si el padre instituyendo heredero al hijo emancipado, la madre á sus hijos, ó el extraño á un extraño les nombrasen tutor; tambien en este caso deberá el Magistrado nombrar otro tutor para adir la herencia; pues la autoridad del curador no es suficiente para esto, *l. 9. de tut. dat. l. 19. de auct. tut. l. 17.* §. 1 *de appell.* Este caso, empero, no parece pertenecer aquí; pues Justiniano trata del nombramiento simple de tutor, y no del que se hace para algun acto especial.

Qui desinebat esse tutor). Esto pertenecia á los modos con que concluye la tutela Atiliana, de los cuales se trata en el §. 2. *y pen. inf. quib. modis tut. finitur.*

«No siendo en España necesaria la adicion «para la validez del testamento, ni tan solo «la institucion de heredero, *l. 1. tit. 18. lib.* «10. *Nov. Rec.* Nunca entrará el tutor dativo «por estar en suspenso la adicion de la he«rencia, al contrario de lo que sucedia por «derecho Romano.»

TEXTO.

Si tutor ab hostibus sit captus.

2. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur, qui desinebat esse tutor si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. Nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.

TRADUCCION.

Si el tutor fuere hecho prisionero por los enemigos.

Hecho prisionero por los enemigos el tutor pedíase otro segun las mismas leyes, el cual dejaba de serlo si aquel que habia sido hecho prisionero regresaba á la ciudad; pues este recobraba la tutela por derecho de postliminio.

COMENTARIO.

Ab hostibus capto). Lo mismo sucedia si el tutor legítimo estaba en poder de los ene-

migos, *l.* 1. §. 2. *de legit. tud.*; pues á causa de la incertidumbre de la vuelta del tutor se dispuso nombrar otro mas bien que curador para mirar así mejor por el bien del pupilo, *arg. l.* 17. §. 1. *de appell.*

Recipiebat tutelam.) Y que sucederia si el tutor prisionero muriere entre los enemigos? Entonces entrará el legítimo; esto es, el agnado próximo se encargará de la tutela, *l.* 9. §. 2. *de tut. et rat. distr. l.* 11. §. 3. *de test. tut.* Por la misma razon se ha de decir, que hecho prisionero el tutor legítimo, y muerto en poder de los enemigos dejará de ser tutor el nombrado interinamente por el Magistrado, entrando á desempeñar la tutela los agnados siguientes en grado.

TEXTO.

Quando et cur desierint ex dictis legibus tutores dari?

3. Sed et his legibus tutores pupillis desierunt dari postea quàm primo Consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt; deinde Prætores ex constitutionibus Nam supradictis legibus, neque de cautione à tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quicquam cavebatur.

TRADUCCION.

Cuando y por qué causa dejáron los tutores de nombrarse segun dichas leyes?

Dejaron de nombrarse tutores á los pupilos conforme á dichas leyes desde que, en primer lugar los Cónsules, y luego los Pretores conforme á las constituciones, empezaron á nombrar tutores para los pupilos de entrambos sexos con inquisicion; pues en dichas leyes nada se disponia, ni acerca de la caucion que debia exigirse de que quedarian íntegras las cosas del pupilo, ni acerca de obligar á los tutores á la administracion de la tutela.

NOTAS.

3. *Primò Consules.*) Esto fué introducido por Claudio Cesar segun Suet. *cap.* 23. Plinio 9. *ep.* 13. dice que fué nombrado por los Cónsules tutor de la hija de Helvidio.

Ex inquisitione.) En Teófilo, se lee κατὰ *jurisdictionem* y Hotomano enmienda del mismo modo este lugar, pero malamente; pues en los manuscritos de Teófilo se encuentra κατὰ ἰνκουζιτίονα, es decir, con inquisicion.

Prætores.) Esto es, los Pretores solos, sin concurrencia de los Tribunos. M. Antonio el filósofo fué el primero que estableció un Pretor tutelar. Capitol. *in ejus vit. cap.* 10.

Neque de cautione.) Véase *inf. de satisd. tut. et* §. 3.

COMENTARIO.

1. *Cual sea la razon porque se obliga á los tutores á desempeñar la tutela?*

Primò Consules.) El emperador Claudio fué el primero, segun Tranquilo, que dispuso que se nombrasen tutores extraordinariamente por los cónsules; cuya facultad parece que estos ya habian usurpado algunas veces en los tiempos, en que el nombramiento de los tutores pertenecia especialmente á los Pretores, como lo prueba el lugar de Modestino, *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.* en las palabras ἐκ τῆς τοῦ ὑπάτου ἐξουσίας.

Ex inquisitione.) Hotomano pone en lugar de estas palabras, *ex jurisdictione*, pareciendo que así lo leyó tambien Teófilo quien traduce κατὰ *jurisdictionem*. Y ciertamente, no es probable que antes pudiesen nombrarse los tutores ligeramente y sin inquisicion ninguna, aunque no es necesario por esto mudar el texto; pues tal vez en las constituciones posteriores se prescribió el modo de verificar esta inquisicion. Por Modestino sabemos que esta consistia principalmente en cuatro cosas: averiguándose si el que ha de ser nombrado tutor es de buena vida y honestas costumbres; si es rico; si se ha ofrecido á la tutela, ó si ha dado dinero para conseguirla, *l. scire oportet.* 21. §. *ult. de tut. et cur. dat.*

Prætores ex constitutionibus.) Jul. Capitolino, *c.* 10. dice que fué M. Antonio el filósofo quien dispuso esto. *El fué el primero*, dice, *que nombró el Pretor tutelar, siendo así que antes se pedian los tutores á los cónsules para que se averiguase mas diligentemente lo perteneciente á los mismos.* Y aquí debemos observar por segunda vez que ni los Cónsules ni los Pretores tuvieron el derecho de nombrar tutores por solo su imperio ó magistratura, sino que empezaron á tenerle desde que les fué especialmente concedido por las constituciones de los Príncipes.

Nam supradictis legibus.) Dos causas pone aquí porque se dispuso que no se nombrasen los tutores en adelante segun las leyes Atilia, y Julia y Ticia: la una, porque en estas leyes nada se disponia acerca de la fianza que debian prestar los tutores, de que quedarian íntegras las cosas del pupilo; y la otra, porque nada sancionaban las mismas acerca de compeler á los tutores á la administracion de la tutela. Entrambas cosas, empero, se previnieron en las constituciones; aunque ninguna de las dos pertenece á esta especie de tutores: pues la caucion deben principalmente pres-

tarla los legítimos como lo veremos *inf. de satisd. tut.* Y la coaccion es comun á todos los tutores, teniendo lugar extraordinariamente por los remedios del Pretor, ya imponiéndoles alguna multa, ó por medio de prendas, *l.* 1. *de adm. tut. l.* 3. *C. de susp. tut. l.* 9. *de mun. et hon.* §. *pen. inf. de satisdat. tut.*

TEXTO.

Jus novum.

1. Sed hoc jure utimur: ut Romæ quidem Præfectus urbi, vel Prætor secundum suam jurisdictionem: in provinciis autem Præsides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus jussu Præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.

TRADUCCION.

Derecho nuevo.

Actualmente se observa que en Roma nombra tutores el Prefecto de la ciudad, ó el Pretor conforme á su jurisdiccion: en las provincias, los Presidentes de ellas con inquisicion, ó los Magistrados por mandato de los Presidentes, sino son muchos los bienes del pupilo.

NOTAS.

1. *Secundum suam jurisdictionem*). El imperio del Pretor se circunscribe dentro los muros de la ciudad, y el del Prefecto dentro un radio de cien millas de la misma, *l.* 1. §. 4. *de offic. præf. urb.*

Præsides). Bajo este nombre parece se entienden aquí no solo los legados del Cesar, sino todos aquellos que gobiernan las provincias, *l.* 1. *D. de off. Præf. l.* 1. *de tut. dat.*

Ex inquisitione). Qué cosa sea esta, y en qué consiste nos lo enseña Modest. en la *l.* 21. §. *pen. et ult. de tut. dat.*

Magistratus). Estos son los magistrados municipales, *l.* 3. *d. tit. l.* 2. §. 23. *D. ad sen. Tertyll.* Los griegos les llaman ϛρατηγούσ. Teófilo y Basilicas.

COMENTARIO.

1. *Qué cosas competen á los magistrados por derecho de magistratura, y cuales les estan especialmente concedidas?*
2. *Lo que compete por derecho de magistratura se transfiere delegándose la jurisdiccion; mas no asi, lo que está especialmente concedido.*
3. *Tomada literalmente la palabra* jurisdiccion *vienen tambien comprendidas en ella, en aquellas cosas que estan especialmente concedidas*

Præfectus urbi). No recuerdo haber leido por qué ley se concedió por primera vez al Prefecto de la ciudad la facultad de nombrar tutores. Con todo, consta habérsele concedido, *l. Titius* 45. §. *Romæ* 3. *excus. l.* 1. *C. de tut. illustr.* Antiguamente se nombraba un magistrado temporalmente con objeto de administrar justicia, cuando salian de la ciudad los reyes ó los Magistrados: posteriormente empezaron á constituirse tan solo por algunos dias, hasta que se hubiesen celebrado las solemnes ceremonias de las ferias Latinas. Augusto fué el primero que hizo perpétua la prefectura urbana segun Tácito, 6. *annal. cap.* 10. 11. Despues Divo Severo aumentó el poder del Prefecto, y le concedió facultad de conocer de todos los crímenes que se cometiesen no solo en la ciudad sino tambien en Italia dentro el rádio de cien millas, *l.* 1. *de off. præf. urb.* Véase á Gruch. 2. *de comit.* 2. VINN. Ya desde los tiempos de Augusto tuvo el Prefecto del pretorio algun conocimiento de los crímenes cometidos; pues esto me parece queria significar Tácito con las palabras, *qui coercerit sevitia, et quod civium audacia turbidum nisi vim metuat.* Luego despues se concedió al Prefecto de la ciudad el castigo de muchos crímenes; pues el mismo Tácito, *lib.* 14. *annal. c.* 41. dice *que Valerio Pontico fué castigado con la ignominia de la relegacion, porque habia conducido algunos reos ante el Pretor, á fin de que no fuesen interrogados por el Prefecto de la ciudad.* Véase á Tácit. *Hist. lib.* 2. *c.* 63. *seq.* Dosith. *Epist. Hadr. cap.* 7. Asi es que Severo solo hizo extensiva esta jurisdiccion hasta el rádio de cien millas de la ciudad. HEIN.

1. *Secundum jurisdictionem*). Hácese preciso explicar mas detenidamente lo que repetidas veces dijimos de paso, que el nombramiento del tutor no compete al magistrado por derecho de magistratura, ó en fuerza de la jurisdiccion que tiene, sino por una especial concesion de la ley ó del Príncipe; pues asi entenderemos claramente lo que Justiniano quiere decir con estas palabras: *secundum jurisdictionem suam*, y tambien sabremos si, delegada la jurisdiccion, se transfiere ó no el derecho de dar tutores. Dícese competer propiamente por derecho de magistratura aquello que todos los magistrados tienen por la naturaleza de su empleo ó por la causa porque fué creado desde un principio: asi las facultades que el Pretor tiene como Pretor, el Presidente como Presidente, se dice tenerlas por derecho de magistratura. Por ejemplo, el Pretor en un principio fué creado para que presidiese en la ciudad la administracion de justicia, *l.* 2. §. *cumque consules* 27. *de orig jur.*; luego

corresponderá al Pretor por derecho de magistratura la jurisdiccion, y el imperio que va inherente á ella en aquellos casos y entre aquellas personas sobre y á las que ha de administrar justicia. A esto se oponen aquellas facultades que posteriormente se han concedido al magistrado por una ley ó constitucion especial *l.* 1. *de off. ejus cui mand.*, como es el imperio que se llama mero, *d. l.* 1., y tambien las acciones de la ley asi llamadas *in especie*; como son la adopcion emancipacion y manumision, *arg. l.* 2. *et* 3. *de off. procons. l.* 1. *de off. jur. d. l.* 1. *C. de adop.* Paul. 2. *sent.* 25. siendo tambien del mismo género el nombramiento del tutor *l.* 6. §. 2. *de tutel.*, de cuyo lugar aparece que se dice concedido por la ley, no solo aquello que en casos singulares se concede á un particular, por ejemplo, á Ticio ó á Mevio; sino tambien aquello que es concedido en general y al mismo empleo; por ejemplo al Pretor ó Presidente.

2. Lo que compete por derecho de magistratura va por su naturaleza misma inherente á la jurisdiccion; y asi, delegada esta se transfiere tambien aquello; mas no sucede así con lo que está especialmente concedido al Magistrado, pues este no lo tiene por la naturaleza de su empleo, sino por una autoridad nueva y adventicia, que no pertenece necesariamente al empleo y jurisdiccion del magistrado á quien se ha concedido, *l.* 1. *de off. ejus cui mand. l.* 8. *de tut. et cur. dat. l.* 2. *et* 3. *de off. procons.* Con todo, si se toma mas latamente esta palabra *jurisdiccion*, tambien podremos decir, y no absurdamente que aquellas cosas que dijimos estar especialmente concedidas al magistrado pertenecen á su oficio y jurisdiccion, *arg. l.* 1. *de jurisd. l.* 3. *pr. de post. l.* 3. §. 5. *jud. solv. d. l.* 2. §. 1. *de off. procons.*, habiéndose este oficio completado y aumentado con la accesion de una nueva autoridad.

3. Lo que aqui se dice *Secundum jurisdictionem*, debe tomarse en el sentido mas lato; aunque estas palabras admiten una interpretacion bastante cómoda, entendiéndolas como que el Pretor no puede nombrar tutor en otro lugar que en aquel en que tiene jurisdiccion, ni á otras personas que á las que á ella están sujetas, segun la *ley.* 1. *in fin. l.* 3. *de tut. dat. l. ult. de jurisd.*, como si dijese, *dentro el territorio de su jurisdiccion*; esto es, dentro de Roma tan solo, ó en los municipios vecinos á la ciudad, *arg. l.* 3. *de confirm. tut.* Tulden. *Ric. cap.* 3. Myns. y otros.

Præsides). Bajo el nombre general de Presidente vienen comprendidos el Proconsul, el Prefecto de Egipto y todos los que gobiernan provincias, *l.* 1. *de off. præf.*, á quienes está permitido nombrar tutores, *l.* 1. *de tut. et curt. dat.* Mas especialmente son llamados Presidentes los que en otras partes toman el nombre de legados del César, *l. pen. ff. de off. præf.* á causa de que eran enviados á las provincias del Príncipe ó sea á aquellas que los Príncipes habian reservado para sí, sobre lo cual véase á Dion. *lib.* 53. Sueton. *in Aug. c.* 47.

Magistratus jussu præsidum). Esto no ha de entenderse como que en fuerza de este precepto ó mandato pudiesen los magistrados municipales dar tutores (pues que á ellos tambien les estaba especialmente concedida esta facultad, *l.* 3. *de tut. dat.*) sino que se dice porque no podian verificarlo antes que lo hubiesen manifestado á los Presidentes, á quienes pertenecia la principal parte en esto, y que estos, ya porque estaban ocupados en otros negocios, ya porque los bienes del pupilo no eran muchos se los remitian, *l.* 1. §. *si præs.* 3. *et* §. *si curatores* 5. *de mag. conv.* Ni es muy desemejante el ejemplo del Legado del Proconsul quien, despues de delegada la jurisdiccion puede no obstante nombrar tutores, *l.* 13. *l. pen. de off. procons.*, y no á causa de la delegacion de la jurisdiccion, sino porque asi le está especialmente concedido por la oracion de Divo Marco, *l.* 1. §. 1. *de tut. dat.*; de modo empero, que no puede verificarlo sino despues que la jurisdiccion le ha sido delegada, siendo esta delegacion tan solo un antecedente necesario, y una causa *sine qua non*. Vinn. El nombramiento de tutor no podia encomendarse á otro. Elocuentemente dice Ulp. *l.* 8 *ff. de tut. et cur. dat.* que *ni encomendándolo el Presidente puede otro nombrar tutor;* por lo que dice muy bien Vinnio que los magistrados municipales nombraron tutores por derecho propio, porque esto les estaba concedido por la oracion de Divo Marco, *l.* 3. *ff. eod.*; aunque no simplemente, sino despues que les hubiese esto sido mandado por el Presidente. Expuso con mucha claridad todo esto el ilustre varon Ger. Nood. *de jurisd. lib.* 2. *cap.* 8. *p.* 127. Hein.

TEXTO.

Jus novissimum.

5. Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione Præsidum, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo Antistite; vel alias personas publicas, id est, Magis-

tratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda; videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

TRADUCCION.

Derecho novisimo.

Mas nosotros, quitando todas estas dificultades por nuestra constitucion, y sin esperar el mandato de los Presidentes, dispusimos que si los bienes del pupilo ó adulto valen quinientos sueldos nombren tutores ó curadores los defensores de la ciudad en union con su religiosisimo prelado, ó bien otras personas públicas; esto es, los magistrados, ó tambien el Juez de la ciudad de Alejandria, debiendo prestar los tutores ó curadores una caucion legitima segun lo prescrito en dicha constitucion, á riesgo de aquellos que la reciben.

NOTAS.

5. *Constitutionem*). Habla de la *l.* 30. *Cod. de Episc. aud.*

Quingentos solidos.) Pues si los pupilos tuvieren mas de quinientos sueldos el tutor será nombrado por los Presidentes.

Defensores civitatum). Acerca los defensores de la ciudad, véase el *lib.* 1. *Cod. tit.* 55. *Nov.* 15. περί τῶν ἐκδίκων. Alc. 5. disp. 5.

Religiosisimo Antistite). En griego, εὐλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ y Teófilo le llama θεοφιλεστάτῳ, esto es, muy amado de Dios.

Juridicum). A quien antiguamente se daba la accion de la ley y la facultad de nombrar tutores, *l.* 1. §. 2. *de off. jurid.* En las Basilicas se le llama δικαιόδοτης.

COMENTARIO

Lo que por derechos antiguos se observaba de que los Magistrados municipales solo pudiesen nombrar tutores siendo mandados ó invitados á ello por el Presidente se mudó en parte por Justiniano, disponiéndose que si las facultades del pupilo no exceden de la suma de quinientos sueldos pueden los Magistrados en union con el obispo de la ciudad nombrar tutores sin aguardar el mandato del Presidente, *l. sancimus* 30. *C. de episc. aud.* Luego, si fueren mayores los bienes del pupilo será necesario como antes dicho mandato.

Quingentos solidos). Segun consta por muchos lugares sueldo era lo mismo que áureo, y este contiene cien sextercios, por lo que quinientos sueldos ó aureos hacen cincuenta mil sextercios.

Vel alias publicas personas). Esto es, los Magistrados que cada ciudad tiene segun su costumbre. Cujacio dice que la constitucion de Justiniano exige que leamos, *vel aliis publicis personis, vel Magistratus.*

Juridicum Alexandrinæ civitatis). A quien ya antes por la constitucion de Divo Marco le fué concedido el derecho de nombrar tutores. *l.* 2. *de off. jurid.*, y en general la accion de la ley, *l.* 1. *eod. tit.*

Eorum periculo). Esto es, de los magistrados menores de quienes se ha hecho ya mencion; pues como estos exigen la caucion; por esta razon estan obligados subsidiariamente á los pupilos, *tit. de mag. conv.* §. 52. *et ult. inf. de satisd. tut.* lo que actualmente ha quedado en desuso como advertimos en dicho lugar.

« En España el juez que tiene facultad para dar tutor, es el del domicilio del huérfano, el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre, y el de aquel en que tuviere la mayor parte de sus bienes. Si cada juez diere el suyo será preferido el primer nombrado, y no pudiendo indagarse cual es, por haberlo sido todos en un dia, será preferido el del juez del domicilio. Si el pupilo perteneciere á la Grandeza de España debe acudirse al mismo rey, *L.* 2. *y* 12. *tit.* 16. *P.* 6. *L.* 17. *tit.* 1. *lib.* 6. *Nov. Rec.* »

TEXTO.

Ratio tutelæ.

6. Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est: ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

TRADUCCION.

Razon de la tutela.

Es conforme al derecho natural que los impúberes estén en tutela; pues lo es que aquel que no es de una edad perfecta se rija por la tutela de otro. (a)

NOTAS.

6. *Juri naturæ*). La tutela trae su origen del derecho natural; pues es enteramente conforme á este que se rija por la prudencia de otro aquel que no puede defenderse por si mismo, Cic. 1. *offic. cap.* 34.; mas su incremento y forma lo recibe del derecho civil.

COMENTARIO.

La tutela es del número de aquellas cosas que consideradas en general y en abstracto son de derecho de gentes; mas especialmen-

(a) Princ. tit. 16. P. 6.

te, y en concreto son de derecho civil; pues es conforme al derecho natural que la ignorancia é imbecilidad de la edad primera se guie y gobierne por la prudencia y voluntad de otro mas experimentado, Cic. 1. *de off. c.* 34. Arist. 1. *pol.*, lo que sin duda alguna está en observancia entre todas las naciones; mas la forma de esta tutela, la cualidad de la persona del tutor, el modo de constituirla y los límites de la potestad que tiene; todo esto es de derecho civil, segun lo que cada ciudad estableciere.

Perfecta ætatis non sit). En el final del §. *ult. del tit. prec.* advertimos que la edad perfecta se decia tal en el derecho civil, cuando se llegaba á los veinte y cinco años; mas aquí se entiende no haber llegado á la edad perfecta aquel que no ha llegado á la pubertad (a); aunque lo que aquí se dice puede tambien convenir á los púberes menores de veinte y cinco años.

TEXTO.

De tutelæ ratione reddenda.

7. Quum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant; post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

TRADUCCION.

De las cuentas de la tutela.

Administrando los tutores los negocios de los pupilos y pupilas, deben dar cuentas despues de la pubertad por medio del juicio de tutela. (b)

NOTAS.

7. ***Post pubertatem***). O de otro modo, despues de concluida la tutela, *tit. D. de tut. et rat. distr.*; pues hasta entónces no puede entablarse el juicio de la tutela, *l. 4. pr. 9. §. 4. d. tit.*

COMENTARIO.

En este lugar se advierte de paso á los tutores su deber y administracion, de lo que se trata latamente en las *Pandectas y C. tit. de admin. tut.* Grot. 1. *man.* 9. *art.* 21. *et seq. statut. Rhynland*)

Post pubertatem). Pues hasta despues de concluida la tutela no puede entablarse la accion de la misma, *l.* 4. *de tut. et rat. distr.* y Ulpiano da de esto la razon en la *l.* 9. §. *et generaliter* 4. *eod. t.*, diciendo que sería absurdo pedir cuenta de la administracion de los negocios del pupilo al tutor, que aun persevera en ella; por cuya causa ni al curador se exigen las cuentas de su administracion por la accion útil de tutela ó de *negotiorum gestorum* durante la misma, *l.* 2. *l. rationes* 14. *C. de adm. tut.* Con todo hay la diferencia de que los curadores pueden ser reconvenidos durante la administracion acerca de una cosa singular, *l.* 16. §. 1. *de tut. et rat. distr. l. cum. curatore* 26. *de adm. tut. l.* 1. §. 3. *in fin. de cont. tut. act.*

Tutelæ judicio). De todo aquello que hizo el tutor, no debiendo hacerlo, ó de aquello que dejó de hacer es responsable por la accion de tutela, debiendo prestar el dolo, y la culpa, y la diligencia que pone en sus cosas, *l.* 1. *de tut. et rat. distr.*, sin que pueda esta necesidad de dar cuentas remitirse por el padre en su testamento, *l.* 5. §. *Julian.* 7. *de adm. tut.*, aunque puede prohibirse la solemne confeccion de inventario, para que no se descubran los secretos del patrimonio, *l. ult.* §. 1. *Cod. de arb. tut.* sobre lo que puede verse á Montan. *de jure tut. c.* 32. *reg.* 4. *de confect. inv. n.* 98. *et seq.* Moler. 1. *semest.* 39.

TÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO.

De la autoridad de los tutores.

CONC. CON EL LIB. 26. TIT. 8. DEL DIG. Y CON EL LIB. 5. TIT. 59. COD. (c)

Razon del método.

En tres cosas principalmente consiste el oficio del tutor; á saber en la proteccion de la persona del pupilo, en la administracion de sus cosas, y en la interposicion de su autoridad. La primera comprende la educacion, instruccion y defensa del pupilo; la administracion de las cosas encierra el deber de que el tutor lo encamine todo de buena fe á la utilidad del pupilo (d), y la autoridad perte-

(a) Princ. y l. 1. tit. 16. P. 6.
(b) L. ult. tit. 16. P 6. vers. *Pero.*
(c) Tit. 16. P 6.
(d) L. 15. y sig. d. tit. y P.

nece á aquellas cosas que hace el pupilo por sí mismo, no siendo mas que la aprobacion de lo que hace este, ó se trata con el mismo, *l. 5. h. t.* Hánse omitido aquí los dos primeros deberes del tutor, y quizá de propósito; porque ha parecido su tratado demasiado prolijo para poder insertarse en una obra elementar; mas en las pandectas y en el Código se hallan explicados con mucha diligencia, *tit de adm. tut.* Unicamente en el §. *ult. del tit. ant.* se ha hecho una leve mencion de la administracion y rendicion de cuentas: de aquí debe hacerse derivar la razon del método y de la continuacion del tratado. Dos cosas nos enseña aquí Justiniano: primera en que negocios haya de interponerse la autoridad del tutor; y segunda, como debe verificarse esta interposicion.

TEXTO.

In quibus causis sit necessaria.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria, ut ecce, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis promittant pupilli, necessaria est auctoris tutoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem verò non aliter quàm cum tutoris auctoritate: unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur.

TRADUCCION.

En qué casos es necesaria.

La autoridad del tutor es en ciertos casos necesaria al pupilo, y en otros no; por ejemplo, si estipula alguna cosa para sí, no es necesaria la autoridad del tutor; mas lo es en el caso en que los pupilos prometan á otros, pues se quiso que les fuese lícito hacer mejor su condicion aun sin la autoridad del tutor; solo empero con ella el empeorarla; por lo que en aquellos negocios de los que nace obligacion recíproca, como son la compra y venta, locacion y conduccion, mandato, depósito sino interviniere la autoridad del tutor todos los que contraen con los pupilos quedan obligados; mas no así estos. (a)

NOTAS.

Auctoritas tutoris). Los tutores, ó lo hacen todo por sí, ó interponen su autoridad en los negocios que desempeñan los pupilos, *Ulp. l. 11. §. 24.* esto es, confirman dichos negocios; pues en esto consiste su autoridad, *l. 5. hoc. tit.*

Si quid dari sibi). El pupilo que tiene ya algun juicio puede estipular sin intervencion de su tutor alguna cosa para sí, *l. 9. pr. eod.* §. 9. *infr. de inut. stip. l. 1. C. de auct. præst.*, ó bien que le remita algo, *l. 2. D. de accept.*; y en general para adquirir no necesita de la autoridad del tutor, *l. 11. D. de acq. rer. dom.*

Si aliis promittant). O bien si remiten ó perdonan ó enagenan alguna cosa, *l. 5. l. 9. h. t.* §. *ult. inf. quib. al lic.*, ó aden una herencia, §. 1. *inf. eod.*

Meliorem conditionem facere). Pues no debe impedírseles que aumenten sus bienes, aun sin el tutor; el que parece dado al pupilo, únicamente para que no desperdicie los mismos. Fabroto.

Obligationes mutuæ). Aquellos contratos de los que nacen recíprocas obligaciones, si fueren celebrados con el pupilo sin autoridad del tutor, solo obligan á aquellos que contrajeron con el pupilo, *l. 13. §. propen. D. de act. empt. l. 35. D. pro soc. l. 1. §. ult. D. commod.*; mas claudican por parte de este.

COMENTARIO.

In quibusdam causis necessaria). En aquellas cosas que el tutor hace por sí solo es inútil la interposicion de la autoridad; mas en las que verifica el pupilo, como en algunos casos sucede, es necesario que la haya. Por ejemplo, si se trata de manumitir á un siervo, de adir una herencia, ó de nombrar procurador, §. 1. *inf. eod.* §. *ult. inf. de curat.*, entónces deberá el tutor interponer su autoridad, siendo esta necesaria en algunas cosas que hacen los pupilos, y en otras no. En utilidad de los mismos pupilos se ha hecho la distincion de que los mismos, contrayendo ó de otro modo cualquiera, puedan hacer mejor su condicion, aun sin autoridad del tutor; pero que solo con esta puedan empeorarla, *l. 9. h. t. l. 28. de pact, l. 11. de acq. rer. dom.* (b). Y muy bien así; pues donde no hay temor de ningun daño es inútil exigir la autoridad del tutor, que solo está establecida para que en los casos en que puede irrogarse daño al pupilo se mire por su bien; y así si por culpa del tutor padeciere el pupilo algun daño quedará obligado á la indemnizacion por el juicio de tutela. Adviértase, con todo, que esta distincion solo se refiere al pupilo mayor de la infan-

(a) L. 17. tit. 16. P. 6. vers. *Otro sí.*

(b) L. 17. tit. 16. P. 6. vers. *Otro sí*

cia; pues el menor de esta edad nada puede hacer por sí, ni aun con la autoridad del tutor: véase *inf.* §. *pupillus* 9. *de inut. stip.*

Si quid dari sibi stipulantur). Pues ningun peligro hay en estipular para sí, segun se dice en Plaut. *in Pseudol. act.* 4. *scen.* 6. *v.* 14.; y lo mismo sucede si pactáren ó estipularen los pupilos que se les condone ó remita lo que deben, *d. l.* 28. *de pact. l.* 2. *de accept.*

Aliis promittant). O bien enagenan una cosa suya, renuncian á una accion, condonan lo que se les debe, pagan lo que ellos deben, ó reciben dinero en mútuo, *l.* 5. *l.* 9. *h. t. l.* 11. *de acq. rer. dom.* §. *ult. inf. quib. al. lic.*

Ex quibus obligationes mutuæ). Hay algunos contratos de los cuales nacen obligaciones recíprocas, como son la compra y venta, locacion y conduccion, mandato, sociedad y otros de la misma especie; de modo que en estos tan obligado está, por ejemplo, el comprador á pagar el precio como el vendedor á prestar la cosa; mas hay otros de los que solo nace obligacion para una de las partes, como sucede en el mútuo, en el que solo se obliga aquel que recibe el dinero, y en la estipulacion solo el que promete, *l.* 19. *verb. sign.*

Qui cum his contrahunt obligantur). (a). Aquellos contratos que producen obligacion recíproca, si se celebraren con el pupilo sin la autoridad del tutor, solo tienen fuerzas con respecto á una de las partes, obligando tan solo á aquellos que contrajeron con el pupilo y no á este, *l. Julianus* 13. §. *antep. de act. empt.* La razon de esto es, en parte el favor de los pupilos, y en parte porque aquel que contrae con este cuya edad ya manifiesta su mismo aspecto, debe culpar á su imprudencia, segun la *l. qui cum. alio* 19. *de reg. jur.*

Non obligantur). A no ser en lo que se haya hecho mas rico *l.* 1. *l.* 5. §. 1. *h. t.*; pues es conforme á la naturaleza que nadie se enriquezca con daño de otro, *l.* 14. *de cond. ind.* Si el pupilo por un contrato celebrado sin autoridad del tutor se obliga en alguna cosa, á lo menos naturalmente, y qué fuerza tenga esta obligacion por derecho civil, lo verémos *inf. de inut. stip. sub.* §. *pupillus* 9.

TEXTO.

Exceptio.

1. Neque tamen hæreditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem ex fideicomisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucrosa sit) ne ullum damnum habeant.

TRADUCCION.

Excepcion.

Tampoco pueden sin la autoridad del tutor adir la herencia, ni pedir la posesion de bienes, ni aceptar una herencia fideicomisaria, (aun cuando les sea lucrativa), para que no reciban algun perjuicio.

NOTAS.

1. *Neque hæreditatem adire*). Segun Cajo *l.* 9. §. 5. *h. t.* y de esto no es otra la razon sino el que no puede obligarse por un hecho propio sin el tutor, *d. l.* 9. *pr. l.* 8. *D. de acq. hær.* No se refiere esto á los herederos suyos, aunque se abstienen por la misma causa por beneficio del Pretor, §. 2. *inf. de hær. qual. et diff.* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int.*

Neque bonorum possessionem etc.) La misma razon hay para la posesion de bienes y la herencia fideicomisaria que para la directa y de derecho civil, *inf. lib.* 3. *t.* 10. *et. lib.* 2. *t.* 23.

COMENTARIO.

Hæreditatem adire). El pupilo no puede adir la herencia que le ha sido deferida sino con la autoridad del tutor, *l.* 9. §. 5. *h. t.* siendo la razon de esto, porque por un hecho propio no puede obligarse sin la intervencion de aquella, *l.* 8. *de acq hær. d. l.* 9. *pr. h. t.* Mas tal vez se diga que puede el pupilo mejorar su condicion, aun cuando no intervenga el tutor. No hay duda en esto con tal que el pupilo no se obligue; pues por esta causa claudican por parte del pupilo los contratos bilaterales. No puede empero suceder de modo ninguno que el pupilo ada la herencia y no se obligue como á heredero á los acreedores hereditarios y testamentarios; á aquellos como representante de la persona del difunto, á estos por el hecho de adir la herencia. Ni puede aquí imputarse nada á los acreedores ni legatarios, pues no contraen con el pupilo heredero; lo que ya observó Mynsingero. Otra razon se da de esto vulgarmente; á saber, el peligro de las deudas ocultas, despues de cuyo descubrimiento empieza á ser gravosa la herencia; y ademas las muchas cosas que son de temer en los herederos, como son la modestia, la muchedumbre de negocios, las ofensas y la envidia. *l.* 4. *ad. sen. Treb.* Asi que, siendo necesaria en este acto la deliberacion; debe intervenir la autoridad del tutor. *l.* 189, *de reg. jur.* Para mayor confirmacion de lo

(a) L. 17. tit. 16. P. 6. vers. *Pero si otro.*

que decimos agregase de que no se sostiene á favor del pupilo la adquisicion de la herencia ni aun en cuanto le es lucrativa. Solo hablamos aquí de los pupilos extraños instituidos herederos, á quienes es necesaria la adicion para adquirir la herencia; pues el heredero suyo, sin hecho ninguno por su parte, se hace, aun ignorándolo, heredero *ipso jure*. *l.* 8. *de acq. hœr.* §. 2. *inf. de hœr. quœ ab int. def.*

Neque bonorum possessionem). Por la misma razon de que la posesion de bienes en el efecto es lo mismo que la herencia, y en todas las cosas los posesores de bienes se consideran como herederos, sobre lo que hablarémos *inf. lib.* 3. *tit. de bon. poss.*

Hœreditatem ex fideicommisso). Tambien para esto hay la misma razon; pues como, restituida la herencia pasan todas las acciones que competen al heredero, segun el S. C. Trebeliano, al heredero fideicomisario, si el pupilo aceptaba una herencia fideicomisaria por el mismo hecho se obligaria como si hubiere adido cualquiera otra herencia. Sobre las fideicomisarias hablarémos *inf. lib.* 2. *tit.* 23.

Ne ullum damnum habeant). Mejor á mi modo de entender leen Cujac. Hotom. y Wesemb: *quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat*, sin paréntesis como tambien se lee en Cayo en las Pandectas, y asi parece haberlo tambien leido Theoph.

«Lo dispuesto por nuestras leyes viene á «ser lo mismo, porque siendo cierto que un «heredero que acepta una herencia se obli-«ga respecto de los acreedores, legatarios y «fideicomisarios del difunto, y siéndolo tam-«bien que el pupilo no puede obligarse sin «que medie la autoridad del tutor, *l.* 17. «*tit.* 16. *P.* 6. debe inferirse que el pupilo «sin esta autoridad no puede admitir la he-«rencia.»

TEXTO.

Quomodo interponi debet.

2. Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri: si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero vel per epistolam, aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.

TRADUCCION.

Como debe interponerse.

El tutor debe interponer su autoridad estando presente en el negocio desde luego, si considera que esto es útil al pupilo; mas la autoridad interpuesta despues de un intervalo, ó por carta, ó por mensagero de nada sirve.

COMENTARIO.

Explícase aquí el modo o forma de interponer la autoridad, copiándose de Cayo, *d. l.* 9. §. *tutor*. 5. *h. t.* Para que este modo se considere legítimo se requiere primero, que el tutor esté presente en el negocio que se trate con el pupilo; y segundo, que interponga su autoridad luego de perfecto el negocio. Requiérese la presencia del tutor para que se entere del negocio, y como se trata; y así no basta que solo esté presente corporalmente, sino que es preciso que fije su atencion, y comprenda la naturaleza del contrato, *l.* 14. *eod. l.* 1. *in fin. et l.* 2. *eod.* La razon porque se exige que interponga su autoridad luego de perfeccionado el negocio, es porque con este mismo acto se completa en cierto modo la persona del pupilo, quien no puede contraer por sí solo, y se hace que se sostenga un acto que siendo nulo *ipso jure* no podria confirmarse despues de cierto tiempo. Con todo, no es necesario que esté presente aquel que contrae con el pupilo, pues que puede venderse y alquilarse á este alguna cosa por medio de carta, y el tutor prestar su autoridad, *d. l.* 9. §. *ult.* Tambien debe saberse que la autoridad ha de interponerse por el tutor siempre puramente, no bajo condicion, aunque se contraiga condicionalmente con el pupilo, *l.* 8. *eod.* VINN. Otra razon mas adecuada puede darse de porque debe el tutor estar presente en el negocio, é interponer luego su autoridad; á saber, porque la interposicion de esta era un acto legítimo, y de ahí podemos deducir tambien la razon porque no se admite condicion, *l.* 8. *ff. h. t.* HEIN.

In ipso negotio præsens debet auctor fieri). La autoridad del tutor se interpone despues de concluido el negocio como elocuentemente escribe Ulp. *l. si quis* 25. §. *jussum* 4. *de acq. hœr.* Por lo que, esta oracion debe construirse de este modo: *tutor in ipso negotio præsens statim debet auctor fieri*, para que comprendamos que se requiere la presencia del tutor en el mismo negocio mientras aun se está celebrando, y que debe interponer su autoridad luego despues de perfeccionado como lo prueba la siguiente induccion: *post tempus vero etc.*; ó si se quiere mas bien referir estas palabras, *in ipso negotio*, á aquellas otras, *auctor fieri*, debe entenderse que ha de interponer el tutor su autoridad en el mismo negocio, no antes de estar perfeccionado (pues entonces que cosa podria aprobar el tutor?); sino despues de perfeccionado el mismo con el pupilo, á

presencia del tutor, desde luego y en continente, concluyéndose y afirmándose de esta suerte el contrato. Así en la *l.* 1. *de solut.* se dice que constituye en la solucion ó en una cosa presente en la que quiere que se pague, aquel que constituye luego despues de pagado. Con todo, esta sutileza no se observa hoy dia; *collat. jur. in d. l.* 9. §. *tut.* 3. VINN. Vulgarmente se oponen á este párrafo la *l.* 25. §. 4. *ff. h. t.*, en la que dice Ulpiano que la autoridad se puede interponer despues de perfeccionado el negocio. Cuyacio intenta conciliarla con este párrafo, *Obs. lib.* 13. *cap.* 31. Gothofr. en sus comentarios *ad Reg. jur.* 29. *p.* 169. enmienda el mismo texto de Ulpiano, y en vez de *perfecto negotio* pone *provecto negotio*. Aguda es esta correccion, pero innecesaria; pues el tutor presente interponia su autoridad, pero no antes que estuviese el negocio perfeccionado; y se consideraba tal cuando se habia celebrado aquello de que tomaba su substancia el contrato; por ejemplo, en las estipulaciones, desde el momento que el pupilo habia respondido congruentemente interponia el tutor su autoridad, como que ya estuviese perfecto el negocio. De ahí, aquella elocuente y sutil cuestion, *Fragm. Regul. ex vetere JCto.* §. 15, sobre si en el caso en que una muger ausente manumita puede el tutor interponer su autoridad mientras la muger escribe la carta, ó cuando el siervo conoce la voluntad de su señor; pues era dudoso en que momento la libertad se adquiria, esto es, en qué momento era perfecto el negocio. HEIN.

«En España debe tambien el tutor interponer su autoridad por si mismo, y no por otro ni por medio de carta, *l.* 17. *tit.* 16. *P.* 6., aunque no está decidido si esto debe verificarse al instante, ó si puede hacerse pasado algun tiempo.»

TEXTO.

Quo casu interponi non potest.

2. Si inter tutorem pupillumque judicio agendum sit: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest; non prætorius tutor (ut olim) constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragatur: et eo peracto curator esse desinit.

TRADUCCION.

En qué casos no puede interponerse.

Si hubiere pleito entre el tutor y el pupilo, como que aquel no puede interponer la autoridad en una cosa suya, no se nombra como antiguamente en su lugar un tutor pretorio, sino un curador con la intervencion del cual se sigue el pleito, y concluido este deja de ser curador.

NOTAS.

Non prætorius tutor ut olim). Acostumbróse antiguamente que en este caso el que tenia tutor recibiese otro, Ulp. *t.* 11. §. 23. y esto á causa de la solemnidad de los juicios *l.* 19. *h. t.*

COMENTARIO.

Judicio agendum sit). A no ser muchos los tutores; de otro modo, á no ser que con todos ellos tenga pleito el pupilo, interpondrá uno de los mismos su autoridad, *l. si plures* 24. *de test. tut.* Entiéndase esto si ha de haber pleito acerca de otras cosas que de la administracion de la tutela; pues que sobre esta no puede disputarse hasta despues de concluida, *l.* 4. *de tut. et rat. distr.*

In rem suam auctor esse non potest). Hay una regla que dice que el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya, *l.* 1. *et* 7. *h. t.*, del mismo modo tambien que nadie puede ser juez ó testigo en causa propia, *l.* 10. *de jurisd. l. nullus* 10. *de testib.* (a). Y en el ejemplo propuesto tendria lugar el absurdo de que uno mismo fuese en un mismo negocio actor y reo. Con todo, nada impide que por consecuencia se cuide tambien del negocio el tutor, *d. l.* 7., como se manifiesta con un ejemplo en *d. l.* 1.

Non prætorius tutor). Ulpiano dice que se llamaba *pretoriano*, y que se acostumbraba á dar al pupilo que queria entablar un pleito contra su tutor, *tit.* 11. *de tutel.* §. *moribus* 24. Esta fué una excepcion de la regla que prohibe dar tutor á una cosa cierta ó para un negocio determinado, §. *pen. sup. qui test. tut.*, y tambien de la otra que se pone en el §. *interdum* 5. *infr. de curat.*, de que al que tiene tutor no se le puede dar otro. Mas porque en este caso fué necesario nombrar tutor? No por otra causa, sino porque los juicios eran solemnes y ordinarios, y para aquellas cosas que requieren las solemnidades del derecho se exigia el tutor, *l. curaterem* 19. *h. t. l. cum. in una* 17. §. 1. *de appell. l. ult. C. de in. lit. tut. dand.*

Curator datur) Desde que los juicios empezaron á ser extraordinarios, habiéndose quitado los ritos solemnes de las antiguas fórmulas, *infr. tit. de succ. subl. et tit. de interd.* §. *ult. et Cod. de form. et imp. subl.*, y que pudieron aquellos seguirse por medio de procuradores, pareció que bastaba nombrar un curador. Por lo que, pienso que

(a) L. 10. tit. 16. P. 3.

Tribomano puso la palabra *curatoris* en vez de *tutoris* en las *ll.* 3. 4. 5. *de tutel. l.* 24. *de test. tut. et simil loc.* Esta cuestion es casi inútil por derecho nuevo, pues por él prohibió Justiniano nombrar tutor al deudor ó acreedor del pupilo, y dispuso que á aquel que empezare á serlo despues de empezada la tutela se le acompañe un curador perpétuo, *Nov.* 72. *c.* 1. *et* 2. Dijo *casi*, porque hay muchos que exceptuan á los tutores testamentarios nombrados á sabiendas (a) DD. *inn auth. minoris*, *C. qui dar. tut.* y así refiere haberse sentenciado A. Fab. *C. tit.* 20. *lib.* 5. *def.* Sand. *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 1. Mynsingero tambien exceptúa á los dados con inquisicion, lo que apenas puedo decidirme á admitir. Lo que sí es cierto, es que á la madre y abuela no se les impide por su calidad de deudoras ó acreedoras desempeñar la tutela de sus hijos ó nietos, *auth. ad hæc. C. quand. mul. off. tut.*, y mucho menos deberá prohibirse al padre y abuelo, como lo juzgó el tribunal de la Frisia, segun Sand. *d. lib. et tit. de fin.* 2.

TÍTULO VIGÉSIMO SEGUNDO.

De que modos se acaba la tutela.

CONC. CON EL LIB. 5. TIT. 60. DEL COD. (b)

Continuacion y explicacion metódica del título.

Hemos dicho los modos como se constituye la tutela y la fuerza y autoridad de esta. Quédanos ahora por ver hasta cuando dura, y como se acaba. Diversos son los modos de acabar la tutela, derivándose, ya de la persona del pupilo, ya de la del tutor, ya de la de entrambos. De ellos, unos los hay comunes á todas las especies de tutelas, y otros propios de alguna de ellas, como se verá por lo que diremos. En resúmen, empero, siempre se acaba la tutela por uno de estos dos modos, ó *ipso jure*, ó por intervencion del magistrado.

TEXTO.

De pubertate.

Pupilli pupillæque, cum puberes esse cœperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem Veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum existimans benè putavit, quod in fœminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illicò initium accipere disposuimus; antiquitatis normam in fœminis benè positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viri potentes esse credantur.

TRADUCCION.

De la pubertad.

Los pupilos y pupilas llegando á ser púberos salen de la tutela. Los antiguos no solo consideraban la pubertad por los años sino tambien por el aspecto del cuerpo en los varones. Mas nuestra soberanía creyendo ser digno de la castidad de nuestros tiempos, pensó bien en hacer extensivo tambien á los varones lo que los antiguos consideraron como impúdico en las mugeres; esto es, la inspeccion del estado del cuerpo; y así promulgada nuestra sagrada constitucion dispusimos que la pubertad empezase en los varones desde luego de cumplidos los catorce años, dejando en su estado la regla de los antiguos acerca las mugeres, las que se consideran núbiles despues de los doce (c).

NOTAS.

Sed etiam ex habitu corporis). Prisco decia que era púber aquel en quien concurrian á la vez la complexion del cuerpo, y el número de años, Ulp. *tit.* 11. *in fin.*

Inspectionem habitudinis corporis). Hay algunos que niegan que jamás esto hubiese tenido lugar entre los romanos, considerando como indigno de las costumbres de estos aquella impúdica inspeccion de los cuerpos.

Nostra constitutione). Hállase esta constitucion en la *l. ult. Cod. quand. tut. vel. cur. esse desin.*

COMENTARIO

1. *Mucho antes de Justiniano estaba recibido que la pu-*

(a) L. 11. tit. 16. P. vers. *Otro si los que*, con siguiente, y Lopez allí.
(b) L. 21. tit. 16. P. 6.

(c) L. 21. tit. 16. P. 6. al princ.

bertad aun en los varones se calculase por los años.

7. *Duda el autor acerca de lo que escribe Triboniano obre la inspeccion de los cuerpos.*

8. *La facultad de procrear empieza mas pronto en las mugeres que en los hombres.*

La tutela de las mugeres fué diferente de la pupilar de las mismas.

cum puberes esse). El primer modo de acabar la tutela en la persona del pupilo es la pubertad, *l.* 1. *C. quand. tut. vel cur.*: de ahí es que los púberos, aunque reciban curador se dice por una antigua locucion que salen de la tutela, *inf. de pup. substit. in. pr. l.* 8. §. 1. *de bon. poss. sec. tab.*

1. *Sed etiam ex habitu corporis*). Hubo algunos antiguamente que calculaban la pubertad en los varones por solo el aspecto del cuerpo. Los Proculeyanos decian que era púbero aquel que habia cumplido los catorce años, y otros aquel en quien ademas de esto concurria la complexion del cuerpo, segun Ulp. *tit.* 11. *de tutel. in fin.* Justiniano dice aquí y en la *l. ult. C. quand. tut. vel cur.*, que él quitó esta controversia, y que habiendo derogado la inspeccion de los cuerpos, quiso que la pubertad solo se considerase por los años. Pero por muchas autoridades puede probarse que ya mucho antes de Justiniano estaba recibida la opinion de Próculo, pues Tertuliano que vivió algunos siglos antes de Justiniano, dice *in lib. de veland. virg. Romanos pubertatem in annis, non in sponsalibus, aut nuptiis decernere*, esto es, que los romanos juzgaban á uno púber por el número de años, no por la complexion del cuerpo. Y Macrobio, *lib.* 7. *Saturn. cap.* 7. escribe que *segun el derecho público la muger á los doce años, y el hombre á los catorce se consideraban púberos.* El mismo autor *in somn. Scipion, lib.* 1. *c.* 6. dice *que la tutela se acaba en el varon á los catorce años.* Esto mismo confirma expresamente Ulp. *l.* 2. *de vulg. et pup.* De ahí es lo que el mismo Ulpiano escribe que se permite hacer testamento á los varones despues de los catorce años, y á las mujeres despues de los doce, *l.* 5. *qui. test. fac.*

2. *Inspectionem habitudinis corporis*). Nunca podré persuadirme que entre los romanos estuviese en uso tan deshonesta inspeccion del cuerpo, ni hay ninguno de los antiguos que hace mencion de una cosa tan impúdica; pues lo que se lee en los libros de los Jurisconsultos y en Quintiliano, *lib.* 4. *inst. orat.* 2., de que se dudaba si la pubertad debia considerarse por la complexion del cuerpo ó por los años, no debe entenderse de una torpe inspeccion de los cuerpos, sino de su aspecto exterior y su robustez; de modo que segun el parecer de algunos (que sin embargo no prevaleció) debe considerarse púber aquel que por su aspecto y disposicion de todo el cuerpo parece idóneo para la procreacion, *l.* 4. *C. qui tes. fac.*; pues las palabras *habitus* y *habitudo* quieren decir entre los escritores latinos lo mismo que el aspecto y forma del cuerpo. Cic. *pro Cœl. c.* 24. dice, *Quintus Metellus, cùm floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus.* Liv. *lib.* 4. *Fœdior corporis habitus, pallore ac macie perempti.* Terent. *in Eunuch. act.* 2. *scen.* 5. *v.* 11. *Qui color, nitor, vestitus, quæ habitudo est corporis?* Así el autor en Herennio llama á la robustez ó buena complexion del cuerpo, *bonam corporis habitudinem.* De ahí tambien aquellos que eran muy obesos se llamaban *habitiores*. Terent. *Eunuch. act.* 2. *scen.* 5. *v.* 22. *Si quia habitior paulo, pugilem esse ajunt.* Plaut. *Epid. act.* 1. *scen.* 1. *v.* 8. *Corpulentior hercle, atque habitior.* Revardo, 4. *var.* 10. piensa que Triboniano fué seducido por lo que dice Platon en el *lib.* 11. *de legib.*, quien quiere que la aptitud de la edad para el matrimonio sea definida por el Juez que debe inspeccionar á los varones desnudos del todo, y á las mugeres *usque ad pubem*; por lo que Triboniano interpreta lo que habia leido acerca de considerarse la pubertad por la complexion del cuerpo en los Jurisconsultos guiándose por aquella ley imaginaria de Platon. Con todo, de una opinion contraria son Hotomano y Ant. Matthæus, *Coll. inst.* 2. *disp.* 2., movidos por la autoridad de Quintiliano, quien en su *declam.* 249. dice que se desnudaban los cuerpos de los varones, y eran inspeccionados por los jueces; pero ninguna duda tiene en que esto fué una ficcion de las que se acostumbran emplear en los ejercicios escolásticos. Vinn. Lo mismo pensaba yo antiguamente, *lib.* 1. *Ant. Rom. h. t.* pero véase al ilustre varon Corn. Bynkersh. *obs. lib.* 3. *cap.* 24. Ademas antes de Justiniano no creo que estuviese del todo fijada la edad de la pubertad, como se deduce de que los mismos padres la señalaban á sus hijos en el testamento, poniendo, ya los catorce años como en la ley 49. *ff. de legat.* 1. *et l.* 22. *ff. quando dies leg. ced.*, ya los diez y seis como en la *l.* 34. §. *ff. de leg.* 3. *l.* 36. §. 1. *l.* 48. *ff. de cond. et demonst. l.* 46. *ff. ad SC. Trebell.*, ya los diez y ocho como en la *l.* 101 §. 3. *ff. de cond. et demonst.*; y de ahí es que san Pablo apóstol dice que el pupilo heredero está en la tutela hasta que así lo quiere el padre (ἄχρι τῆς προθεσμίας τοῦ πατρὸς). Véase á Merlio *Obs. lib.* 5. *cap.* 16. Hein.

3. *Post duodecim annos*). Los años de la pubertad se han fijado especialmente en consideracion al matrimonio; por lo que, empezando la facultad de procrear mas pronto en las mugeres que en los hombres, se dispuso tambien que aquellas saliesen mas pronto de la tutela. Y esto es lo que Macrobio, *lib.* 1. *in somn. Scipion. c.* 6. dice: *de tutela fœminæ propter votorum festinationem maturius biennio, quam pueri, legibus liberantur.* El mismo Macrobio, *l. saturn.* 7. da la razon de su precocidad diciendo, que debe atribuirse á su naturaleza mas débil, del mismo modo que las frutas mas delicadas maduran mas presto que las otras. Los físicos tambien dan la razon diciendo que es mas fácil padecer que obrar. En la procreacion obra la muger pasivamente. En general segun escribe Arist. 7. *de hist. anim.* θᾶττο τὰ θήλεα τῶν ἀῤῥένων καὶ νεότητα, καὶ ἀκμὴν λαμβάνει αἱ, καὶ γῆρας, es decir, las hembras llegan á la adolescencia y á la virilidad, y envejecen mas pronto que los machos.

4. Diferente de esta tutela pupilar de las mugeres fué la otra de que habla Ulp. *in fragm. tit.* 11.; pues despues de la pubertad se daba tutor á las mugeres, no para administrar sus negocios, sino para interponer la autoridad en los asuntos solemnes y civiles; como por ejemplo, en los juicios, para la diccion de la dote, para la enagenacion de las cosas mancipias, Ulp. *d. lug.*; á no ser que digamos que esto se refiere al derecho antiguo por el cual las mugeres estaban en perpétua tutela, segun Boecio *in Top. Cic.*; pues no sin temeridad puede decirse, aunque lo afirme Revard. 2. *var.* 10 que todos los lugares en que se dice que la tutela acaba en las mugeres á los doce años y entra la curaduria, fueron enmendados por Triboniano, pues obsta el lugar de Macrobio poco ha citado, y Boecio habla expresamente del derecho antiguo.

TEXTO.

De capitis diminutione pupilli.

1. Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati: item si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit.

TRADUCCION.

De la capitis diminucion del pupilo.

Tambien se acaba la tutela si los impúberos fueren arogados, ó deportados, y tambien si el pupilo fuere reducido á servidumbre, ó hecho prisionero por los enemigos. (a)

(a) L. 21. tit. 16. P. 6.

NOTAS.

1. *Deportati*). Pues dejan de ser ciudadanos. §. 1. *supr. quibus mod. jus patr. pot.* Adviértase que tambien los impúberos pueden ser deportados, á saber, aquellos que son próximos á la pubertad y capaces de dolo, l. 111. *de reg. jur. l.* 14. *D. ad sen. Silan.*

COMENTARIO.

El segundo modo de acabar la tutela en el pupilo es cualquier especie de capitis diminucion; pues se extingue aquella, ya sea el pupilo arrogado, ya deportado, ó ya reducido á esclavitud, *l.* 14. *pr. et* §. 1. *et* 2. *de tutel.*, de donde se ha copiado este lugar. Mézclanse aqui los modos con que se acaba la tutela nacidos de la persona del tutor, §. 4. *infr. eod.*

Adrogati sint). La razon de esto es, porque dejan de ser dueños de sí mismos, y pasan al poder del arrogador, y nadie puede estar á la vez en tutela y en la patria potestad, *sup de tut. in. pr.*

Vel deportati). Puede esto acontecer por un delito que hayan cometido estando próximos á la pubertad, y siendo capaces de dolo, *l. pupillum* 11. *de reg. jur.* §. *pen. inf. de obl. quæ ex del.* Es sabido que los deportados se hacen extrangeros, y que por consiguiente se consideran como muertos en las cosas que son de derecho civil, entre las que se cuenta la tutela, §. 1. *sup. quib. mod. jus. pat. pot. solv. l.* 17. §. 1. *de pœn.*

In servitutem redigatur). Por ejemplo, si el pupilo capaz de dolo fuese reducido otra vez á la servidumbre por su ingratitud con el patrono, cuyo ejemplo emplea Teófilo; y en este caso con mayoría de razon que si hubiese sido deportado, pues que á la vez con el derecho de ciudadano pierde la libertad §. 1. *sup. de cap. demin.*

Si ab hostibus captus). Con todo, en este caso el resultado manifestará si la tutela acaba del todo, pues que si regresare el pupilo no hay duda que recae en la tutela por derecho de postliminio.

TEXTO.

De conditionis eventu.

2. Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento, æquè evenit, ut desinat esse tutor existente conditione

TRADUCCION

Del cumplimiento de la condicion.

Tambien sucede que si el tutor hubiere sido nombrado en testamento hasta cierta condicion, existiendo esta deja de ser tutor. (a).

NOTAS.

2. *Testamento*). Añádase esta palabra porque el magistrado no le nombra de este modo, *l.* 6. §. 1. *D. de tutor. l.* 77. *de reg. jur.*

Existente conditione). Por ejemplo, si Ticio fuere nombrado tutor en testamento hasta que contrajére matrimonio, y le contrajese.

COMENTARIO.

Usque ad certam conditionem). O bien hasta cierto tiempo; pues así como el tutor nombrado en testamento hasta el cumplimiento de cierta condicion, existiendo esta, deja de ser tutor; así tambien el nombrado hasta cierto tiempo depone la tutela concluido este, *l.* 14. §. *ult. de tut. l.* 8. §. 1. *et* 2. *de test. tut.* §. *pen. inf. h. t.* De este modo se acaba la tutela por la persona del tutor, y es peculiar de la tutela testamentaria como manifestamos arriba, *qui test. tut. dar.* §. 3. Otro modo hay, que pertenece aquí, de acabarse la tutela Atiliana; pues si hubiere sido nombrado tutor en testamento desde cierto dia ó desde el cumplimiento de una condicion, el que ha sido dado interinamente por el magistrado deja de ser tutor al llegar el dia ó al existir la condicion, §. 1. *sup. de Attil. tut.* §. *ad certum tempus* 5. *sup. qui test. tut. dar.*

TEXTO.

De morte.

3. Simili modo finitur tutela morte pupilliorum, vel tutorum.

TRADUCCION.

De la muerte.

Igualmente se acaba la tutela por la muerte de los pupilos y de los tutores. (b)

COMENTARIO.

Este modo es propio de todas las especies de tutela, y se refiere á la persona de entrambos, pero principalmente se dirige á manifestarnos que despues de la muerte del pupilo no subsiste la tutela, ni por el pretexto de los bienes que quedan despues de muerto; y que con la muerte del tutor no heredan sus sucesores la tutela, *l. antepen. de tut. l. ult.* §. 1. *de mun. et hon. l.* 4. *D. de tut. et rat. distr.*

TEXTO.

De capitis deminutione.

4. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se adrogandum dederit, legitima tantùm perit; cætera non pereunt, sed pupilli et pupillæ capitis deminutio, licèt minima sit omnes tutelas tollit.

TRADUCCION.

De la capitis diminucion

Por la capitis diminucion del tutor en virtud de la cual se pierde la libertad ó derecho de ciudadano, se extingue toda especie de tutela; mas por la capitis diminucion mínima del mismo por ejemplo, si se diere en arrogacion, solo se extingue la tutela legítima, y no las demas. Con todo, la capitis diminucion, aun la mínima, del pupilo ó pupila, extingue toda especie de tutela. (a)

NOTAS

4. *Legitima tantum perit*). Esto es, la tutela legítima de los agnados; lo que hoy dia no se observa, pues por derecho novísimo se ha quitado enteramente la diferencia que habia entre la agnacion y cognacion, siendo los cognados á la par de los agnados llamados á la herencia, y tutela legítimas, *Nov.* 118. *cap.* 5.

COMENTARIO

Per quam libertas vel civitas). Este modo de acabarse la tutela es comun como ya advertimos mas arriba en el §. 1., y tiene la misma razon en el tutor que en el pupilo.

Legitima tantum tutela perit). A saber por que se extingue la agnacion, que es la causa porque se defiere, §. *ult sup. de leg. agn. tut.* La tutela legítima de los patronos nunca correspondió á este lugar, Ulp. *in fragm. tit. de tutel.* §. 8. Por derecho novísimo no se acaba la tutela legitima por la capitis diminucion mínima, segun dijimos en dicho §. *ult. de leg. agn. tut.*

Licet minima sit). Aquel que está en la

(a) L. 21. tit. 16. P. 6.
(b) L. 21. tit. 16. P. 6.

(a) L. 21. tit. 16. P. 6.

potestad del padre, si es de una edad perfecta no se le prohibe ser tutor, *supr. qui test. tut. dar. in pr. l. filiusfam. 9 de his qui sui vel. al jur.* Mas en la tutela no puede estar, sino aquel que es dueño de sí mismo; y esta es la razon porque con la arrogacion del pupilo se acaba la tutela, y no así con la del tutor

TEXTO.

De tempore

5. Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.

TRADUCCION

Del tiempo.

Aquellos tutores que son nombrados en testamento hasta cierto tiempo, concluido este deponen la tutela. (a)

NOTAS.

5. *Ad certum tempus*). Por ejemplo, hasta el término de dos años *l. 14. §. 3. D. de tutel.*

COMENTARIO.

Hablamos sobre esto en el §. 2. *h. t.* De este modo, aunque por el tiempo, se acaba la tutela *ipso jure*, pues que no consiste la tutela en ningun derecho propiamente adquirido; de otro modo por el tiempo no se acabaria *ipso jure; l. obligationem 44. de oblig. et act.*, sino en el hecho de la persona, y en la administracion. Aquellas cosas, empero, que son temporales como los hechos, empiezan y acaban con estos. Sirva de prueba el usufructo, *l. un §. pen. quand. dies. us. leg eod.*

TEXTO.

De remotione et excusatione.

6. Desinunt etiam tutores esse, qui vel removentur à tutela ob id, quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundùm ea, quæ inferius proponemus.

TRADUCCION.

De la remocion y excusa.

Dejan tambien de ser tutores aquellos que son removidos de la tutela como á sospechosos, ó los que se excusan por una justa causa, y dejan el cargo de administrar la tutela conforme á lo que mas abajo diremos (b).

NOTAS

Se excusant). Perpétua, no temporalmente, §. 5. *tit. seq. l. 16. D. de tut. dat.*

COMENTARIO.

Pónense aquí dos modos de acabarse la tutela, no *ipso jure* como los anteriores, sino con intervencion del magistrado; á saber, las excusas y una justa sospecha: aquellas libran de la tutela al que las opone; mas esta hace que se remueva al tutor aun contra su voluntad. Acostúmbranse las excusas mas en la tutela deferida, que no en la empezada: tambien puede uno ser acusado y removido como sospechoso, antes de empezar á administrar la tutela, sobre lo que hablarémos en su respectivo lugar. De las excusas se trata en el *tit. pen.* y de los tutores sospechosos en el *ult. de este lib*

TÍTULO VIGÉSIMO TERCERO

De los curadores.

CONC. CON EL LIB. 27. TIT. 10. DEL DIG. Y CON EL LIB. 5. TIT. 70. COD. (c).

Continuacion y resúmen del título y division de las varias especies de curaduría.

Pasa ahora el emperador al otro miembro de la division puesta al principio del título de las tutelas, el que abraza aquellos que, siendo dueños de sí mismos, se gobier-

(a) L. 21. tit 16 P. 6.

(b) L. 21. tit. 16. P. 6.

(c) L. 13. tit. 16. P. 6.

nan, con todo, con el ausilio de los curadores: esplicando á quienes, por quien cuando y como se da curador. Debe saberse que hay dos especies de curadores: la una, de aquellos que se nombran si asi lo exige el negocio, sin consideracion ninguna á la persona, para solo los bienes; por ejemplo, de un deudor oculto, del heredero que está en el útero, ó del señor hecho prisionero por los enemigos, *tit. de cur. bon. dand.* De estos no se trata aquí. La otra especie comprende aquellos curadores que se dan con objeto de administrar los bienes de aquellas personas que necesitan para ello de ageno ausilio: de estos se habla aquí. De ellos hay tambien dos especies; pues, ó se dan á causa de la edad de aquel, que está en curaduría, ó por una enfermedad del entendimiento ó del cuerpo. En el primer caso se encuentran los menores de veinte y cinco años; en el segundo los furiosos, pródigos, mentecatos, mudos y sordos, y los habitualmente enfermos. Asi que, podrá la curaduria definirse muy bien diciendo ser, *una potestad establecida por el derecho para administrar las cosas de aquellos, que por cualquier causa no pueden verificarlo por si mismos.* De esta definicion puede facilmente comprenderse lo que tenga la curaduría de comun con la tutela, y en que difieren principalmente, si con ella se compara la definicion que dimos de la tutela, y lo que en el §. 1. *del tit. de tutel* dijimos para su ilustracion. Por lo demas, en el decurso irémos notando algunas otras cosas.

TEXTO.

De adultis

Masculi quidem puberes, et fœminæ viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licèt puberes sint; adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint.

TRADUCCION.

De los adultos.

Los varones púberos y las mugeres núbiles reciben curador hasta los 25 años cumplidos; pues aunque sean púberos son con todo, de una edad que no pueden administrar por si mismos sus negocios. (a)

NOTAS.

Ad vicesimum quintum annum*). *L.* 1. *in fin. D. de min. Despues de cuyo tiempo se perfecciona el vigor varonil llamado entre los griegos ἀκμή, y muy bien Cujacio en *d. l.* 1.

***Curatores accipiunt*).** A no ser que obtuvieren del Príncipe la vénia de edad, *C. d his qui ven. æt. imp.*

Negotia sua tueri). Y asi, aunque aque que sale de la tutela es dueño de sí mismo κύριος ἑαυτοῦ, con todo, no es aun dueño d sus cosas, κύριος τῶν αὐτοῦ, Fabrot. *l.* 20. *D de rit. nupt. l.* 8. *Cod. eod.*

(a) L. 13. tit. 16. P. 6.

COMENTARIO.

1. *Porqué acabándose mas pronto la tutela en las mugeres que en los hombres, la curaduría se acaba en todos ellos á la misma edad?*
2. *Porqué razon las mugeres pueden obtener la vénia de edad dos años antes que los hombres?*
3. *Cuándo se considera el dia empezado por cumplido y al contrario?*
4. *Porqué se ha fijado la edad de los 25 años para salir de la curaduría?*
5. *Porque con tanto cuidado se dispone que se nombre curador á los adultos, cuando si fueren engañados son restituidos* in integrum?

1. *Usque ad vicesimum quintum annum*). La tutela se acaba mas tarde en los varones que en las hembras, porque estas como mas arriba dijimos llegan mas pronto á la pubertad; mas la curaduria se concluye en todos á un mismo tiempo; á saber, á los 25 años. Y ciertamente no hay razon ninguna porque las mugeres deben salir mas pronto que los varones de la curaduría, cuando por el contrario parece deberian estar en ella mas largo tiempo por la fragilidad de su sexo, por cuya razon antiguamente estuvieron en ella perpétuamente. Por derecho comun la curaduría no se acaba antes de esta edad: con todo, los jóvenes de buena vida y las mugeres recomendables por su honestidad, costumbres y la sagacidad de su entendimiento pueden obtener del príncipe la vénia de edad; aquellos despues de los 20 años, y estas despues de los 18, de modo que desde este tiempo pueden administrar sus cosas sin ausilio de curador, no siendo en este caso restituidos *in integrum, l.* 1. *et* 2. *C. de his qui ven. ætat.* Con todo, aun entonces se asemejan á los demas menores en que sin decreto de ju[ez] no pueden enagenar ni obligar los bienes inmuebles, *l.* 3. *C. d. tit.*

2. Porqué razon, empero, se concede este privilegio dos años antes á las mugeres que á los hombres? Bacovio niega que pueda darse de esto una razon sólida. Brederodio en sus notas á Schneid. dice, que aunque las mas de las veces el juicio de las mugeres sea mas débil que el de los hombres; con todo, aquellas que son sagaces por naturaleza, si se encaminan á la virtud, se hacen mas prontamente prudentes que los hombres a causa de que sus afectos son mucho mas violentos que los de estos.

3. *Completum*). La curaduría no se acaba sino despues de haber cumplido los 25 años; pues ha parecido útil al menor que se cuente el tiempo de momento á momento; de modo que si hubiere sido perjudicado en el último dia empezado, y aun no concluido del año 25.° podrá aun ser restituido *in integrum*: *l.* 3. §. *minorem* 3. *D. de minoribus.* (a) En cuyo lugar advierte la Glosa que el dia empezado se tiene por cumplido siempre que esto es útil ó en algun modo favorable, como sucede en las usucapiones, *l.* 6. *de usucap.*, en la testamentifaccion, *l.* 5. *qui testam. fac.*, y en las manumisiones, *l.* 1. *de manumiss.*; á lo que puede referirse tambien la ley *anniculus* 134. *de verb. sign.* En los honores se ha establecido tambien que el año empezado se tenga por cumplido, *l.* 8. *de mun. et hon.* Con todo, lo contrario se observa en donde esto es favorable, dividiéndose el año no por el número de dias, sino por los instantes del tiempo; considerándose el dia empezado por no cumplido, como en la prescripcion de las acciones temporales, *l.* 6. *de obl. et act.*, en la vacacion de la tutela, *l.* 2. *de excus.*, y en el caso propuesto: así tambien discurre Costal. *ad l.* 3. §. 3. *de minor.*

4. La razon porque se quiso que la curaduría acabase á los 25 años nos la enseña Ulpiano, *l.* 1. §. 2. *d. tit.* al decir, *que despues de este tiempo se completa el vigor varonil*; conforme con el parecer de los físicos, quienes dicen que á los 25 años en que deja de crecer el cuerpo, tambien el alma llega al sumo grado de su perfeccion manifestándose en dicha edad claras señales del vigor del ánimo y constancia del entendimiento; sosegándose aquella perpétua agitacion y alteracion de los humores y del cuerpo, que se advierte en los jóvenes; por lo que esta edad se llama en nuestros libros *justa, perfecta, íntegra, y robusta*; y entre los griegos ἀκμή. Muy bien explica esto Cujacio, *de minor. in pr.* Magir. 6. *Physiolog.* 5. Aunque, pues, por una ley natural no esté fijado el número de años que se requieren para la mayor edad; con todo, por lo que dijimos me parece ser bastante evidente que la designacion de esta no es de derecho meramente positivo, como cree Bacovio. VINN. Por el contrario me parece ser de derecho meramente positivo; pues no movió mas la razon natural á los romanos para fijar el término de la menor edad en los 25 años, que movió á los sajones á hacerlo en los 21. Parece que esta edad se fijó por la ley Letoria, la cual por lo mismo se llama *quinavicenaria* segun Planto en *Pseud.* *act.* 1. *scen.* 3 *v.* 69. Creo que Letorio escogió con preferencia la edad de los 25 años porque vulgarmente los romanos limitaban la vida humana mas dilatada á cien años, *l.* 56. *ff. de usufr.* Plin. *l.* 7. *Hist. nat. cap.* 4. Sen *de brev. vitæ. cap.* 5. y Letorio concedia á la juventud la primera cuarta parte de ellos, y de ahí creia que concluia á los 25 años. Confieso gustoso que debo esta observacion á mi cólega Gerónimo Gundlingio. HEIN.

5. *Adhuc tamen ejus ætatis sunt*). Es cosa certísima, dice Ulpiano *l.* 1. *pr. de min.*, que la prudencia de esta edad es frágil y débil, y está expuesta á muchos engaños y exigencias (b), por lo que el Pretor conformándose con la equidad natural promete su ausilio á los jóvenes contra los engaños que hayan padecido, y al fin de *d. l.* 1. añade que por esta misma razon se rigen con el ausilio de curador hasta los 25 años. Mas ¿qué necesidad habia de cuidar tanto de nombrar curador á los jóvenes cuando si fueren engañados el Pretor les promete restituirles *in integrum*, sin que deje de prestar este remedio á aquellos que teniendo curador hicieron algo con la intervencion de este? *Tot. tit. C. si tut. vel cur. int.* (c). No por otra razon, sino porque pareció mas conveniente y decoroso prevenir con tiempo el que los menores no fuesen engañados, que el que hubiesen de acudir á los tribunales con frecuentes súplicas; y ademas se consideró esto mas seguro y útil á los menores, para que despues de haber sufrido el daño no encuentren algun impedimento al buscar el resarcimiento, *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec.* Pues con el consejo y prudencia del curador se consigue el que no sean tan fácilmente perjudicados, y no sea necesario el pedir tantas veces la restitucion; aunque si aun entonces fueren perjudicados, el Pretor no les deniega su ausilio. Debo advertir de paso, que no solo por la edad acaba la curaduría, sino tambien por otras causas, y casi por las mismas por las que acaba la tutela: ó *ipso jure*, como con la arrogacion del adulto, con su muerte, esclavitud y deportacion ó con la del curador; ó por intervencion del magistrado, como con la excusa ó remocion.

«En España el Rey concede la dispensa «de edad para la administracion de los bie«nes, siguiéndose para obtenerla los mismos «trámites que hemos notado mas arriba en «el §. 6. *del tit.* 12, al tratar de la emanci«pacion.»

(a) L. 2. tit. 19. P. 6.

(b) Princ. de d. tit. 19

(c) L. 2. tit. 19. P. 6.

«Tambien entre nosotros por la *l.* 7. *tit.* 2.
«*lib* 10 *de la Nov. Rec.* el marido tiene la
«administracion de sus bienes y de los de su
«muger en entrando en los diez y ocho
«años.»

«Esto último, sin embargo, no se observa
«en Cataluña, en donde seguimos en esta
«parte el derecho romano. Por el *usage único lib.* 5. *tit.* 4 de las Consts. de Cataluña
«los menores nobles de edad de 20 años
«pueden presentarse en juicio sin necesidad
«de curador.»

TEXTO.

A quibus dentur curatores.

1 Dantur autem curatores ab eisdem Magistratibus, á quibus tutores. Sed curator testamento non datur: datus tamen confirmatur decreto Prætoris vel Præsidis.

TRADUCCION.

Quienes nombran curadores.

Los mismos magistrados que nombran tutores nombran tambien curadores, mas estos no pueden nombrarse en testamento. Con todo, si fueren dados en el decreto del Pretor ó del Presidente.

NOTAS.

1. *Testamento non datur*). *L.* 6. *D. de confirm. tut. l.* 2. *C. eod.* La ley de las doce tablas permitia al padre dar tutor en testamento, mas no curador.

COMENTARIO.

Ab eisdem Magistratibus.) Y asi nombraban curadores en Roma el Prefecto de la ciudad, ó el Pretor; en las provincias los Presidentes, y en los municipios ó campos de estos, los magistrados municipales, segun la distincion hecha en el §. *nos autem* 5. *sup. de Atil. tut. l.* 3. *D. de tut. dat.*

Testamento non datur.) Otro tanto se dice en la *l.* 7. *Cod. de test. tut.* Mas porque asi? Porque los púberes á quienes únicamente se nombran curadores, pueden si quieren administrar sus cosas, sobre lo que luego hablarémos mas extensamente. Una razon semejante á esta es la que impide al padre substituir á sus hijos púberos; pues que llegados á esta edad ya pueden hacer testamento por si mismos, *l.* 2. *de vulg. et pup.*

Datus tamen confirmatur.) Ya sea dado por el padre, ya por la madre; y se confirma del mismo modo que el tutor viciosamente uombrado en testamento, *l.* 1. *in fin. l.* 2. §. 1. *l.* 6. *de conf. tut. l.* 2. *C. eod.*; por lo que participa de la naturaleza del testamentario, *l.* 7. *ff. rem pup. salv.* Es de creer que esta confirmacion del curador nombrado en testamento fué introducida por primera vez despues de la constitucion de M. Antonino, en la que se disponia que todos los adultos recibiesen curador, como luego dirémos.

«En España el curador dado en testa-
«mento debe ser confirmado por el juez, si
«este creyere que es útil su nombramiento
«al menor, segun expresamente se dispone
«en la *l.* 13. *tit.* 16. *P.* 6., en la que pue-
«de verse la glosa de Greg. Lopez.»

TEXTO.

Quibus dentur.

2. Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.

TRADUCCION.

A quienes se dan curadores.

Los adultos no reciben curador contra su voluntad, á no ser por causa de pleito; pues que puede nombrarse curador tambien para un negocio determinado. (a)

NOTAS.

Inviti adolescentes). Por esta razon son ellos podian pedir que les fuese nombrado curador, *l.* 1. §. *ult. D. qui pet. tut.* Mas una vez se habia esto verificado debian ser regidos por curador hasta los 25 años y asi debe entenderse la *l.* 1. *in fin. D. de min.*

Præterquam in litem). Ya sea el menor actor ó reo; pues no es persona legitima para presentarse en juicio, *l.* 2. *C. qui leg. pers. estand. in jud.*: véase lo que con mas latitud decimos en el comentario.

COMENTARIO.

1. *Antiguamente los jóvenes no recibian curador contra su voluntad; ni se alteró esto por la constitucion de D. Marco.*
2. *Respóndese á las objecciones contrarias.*

1. Aunque no tenga este párrafo uso ninguno en el foro, pues es cierto que actualmente los jóvenes reciben curador, aun contra su voluntad; con todo, para el conocimiento del derecho romano puede ayudar mucho una cuidadosa exposicion del mismo. Dice *inviti:* ya en esto parece que está en contradiccion consigo mismo Justiniano; pues

(a) L. 13. tit. 16. P. 6. vers. Pero.

al principio de este titulo dijo que se daban curadores á los menores de 25 años porque eran de una edad que no podian administrar por sí mismos los negocios. Tambien está en pugna con Justiniano, Ulpiano quien en la *l.* 1 §. *ult. de min.* escribe que no debe concederse la administracion de sus bienes á los menores de 25 años, aunque desempeñen bien sus negocios. Agréguese á esto el que los Príncipes, á no ser muy rara vez y extraordinariamente, no acostumbran á conceder á los menores la administracion de sus cosas segun el mismo Ulpiano *l.* 3. *pr. d. tit.* Revardo 1. *var.* 17. y Cuyac. *in l.* 1. *de ex. cus.* acusan de negligencia á Triboniano porque insertó aquí, sacándolo del derecho antiguo de la ley Letoria, lo que ya antes por la constitucion de D. Marco habia sido derogado. Tambien con las respuestas de los mas modernos jurisconsultos, y con los rescriptos de los últimos emperadores se prueba manifiestamente que aun despues de la constitucion de D. Marco no todos los menores recibieron curador contra su voluntad, y segun lo que Papiniano escribe, *l.* 13. *in fin de tut. dat.* de que solo acostumbraban á darse curadores á los menores que lo deseaban; y por lo que Modestino dice en la *l.* 2. §. *pen. et ult. qui pet. tut.* de que á ninguno era lícito pedir curador para los menores sino á estos mismos; como tambien por lo que los emperadores Diocleciano y Maximiano escriben al menor Attiano, *l.* 2. *C. de in int. rest.* de que hay diferencia entre si tiene curador ó no lo tiene; y en el primer caso que el contrato celebrado por Attiano no subsiste conforme á derecho; mas en el segundo si, debiendo implorar la restitucion *in integrum.* Finalmente en varios lugares se encuentran ejemplos de adulto sin curador, como en la *l.* 7. §. 2. *de min. l. muto* 43. § 3. *de proc. l.* 1. *l.* 7. *C. qui et tut.* Inconciliables serian estas leyes sino examinásemos la cosa desde su origen. No habiéndose en la ley de las 12 tablas dispuesto nada acerca del nombramiento de curador para los adultos por causa de su edad, ni introducido ningun remedio contra los fraudes y engaños á que está la misma sujeta, promulgóse despues la ley Letoria, por la que se dispusieron muchas cosas concernientes al engaño padecido por los jóvenes, y ademas se permitió darles curador, no indistintamente, con todo, sino tan solo á aquellos que vivian disolutamente, ó tenian el ingenio algo tardio, ó no tenian entero juicio; ó tal vez tambien por otras causas que debian manifestar y probar ante el magistrado aquellos que pedian se les nombrase curador. Siendo esto, empero, odioso y mancillando en cierto modo la reputacion de aquellos á quienes se daba curador dispuso por último M. Antonino el Filósofo *que todos los adultos recibiesen curador sin conocimiento de causa*, segun Capitolino *in Marco cap.* 11. El sentido de estas palabras parece ser que despues de la constitucion de Antonino todos los jóvenes indistintamente pudiesen recibir curador sin necesidad de alegar y probar las causas por las que se pedia; lo que se exigia por la ley Letoria; no porque segun lo dispuesto por este emperador recibiesen curador contra su voluntad, sino tan solo queriéndolo y en este caso sin peligro de su reputacion. (Habla tambien de la ley Letoria Cic 3. *de offic. cap,* 15. *et* 3. *de nat. Deor. cap.* 20. Plauto *in Pseud. act* 1. *scen.* 3. *v.* 69. la llama quinavicenaria, segun piensan algunos). No hay, pues, razon ninguna para que acusemos de negligente á Triboniano; pues que despues de la constitucion de Antonino no se dió curador á los adultos contra su voluntad.

2. Que es, pues, lo que responderemos á las objeciones que antes pusimos á esta opinion? No otra cosa sino que lo que el emperador al principio de este título dice de que los púberos reciben curador hasta los 25 años, tan solo debe entenderse de los que los quieren y piden, *arg. hujus* §. *pen. et ult. qui pet. tut vel cur.*, á lo que ha de referirse la razon dada por el mismo emperador. Ulpiano en la *l.* 1. §. *ult. de min.* habla del efecto de la curaduria ya dada, el cual es tal que los menores á quienes á peticion suya se ha dado una vez curador deben gobernarse con ausilio de este hasta los 25 años, sin que pueda el magistrado que le nombró removerle de su cargo, y restituir á los menores la administracion de sus bienes por la sola causa de que ya no les plazca vivir por mas tiempo bajo curaduria de otro, segun así lo prescriben las *ll.* 2. *et* 3. *in pr. eod. tit.*, en las que los emperadores consideraron y reprobaron como ambiciosos semejantes decretos de los magistrados, por cuanto solo al principe está permitido el conceder vénia de edad. Véase á Francisco de Amaya, *lib.* 1. *obser. jur. cap.* 9. VINN

Dando mucho que hacer este párrafo á varones doctísimos derivaremos este asunto á ejemplo de nuestro Vinnio de su mismo origen. Por la ley de las 12 tablas solo los furiosos recibian curadores; pues aunque vulgarmente se añade tambien á los pródigos por la ley 13. *ff. de cur. furios.* §. 3. *inst. h. t.* et Ulpian. *fragm. tit.* 12. §. 1. no tiene apenas duda [illegible] que es[illegible]

por la misma razon por la que se hace derivar de las 12 tablas tambien la tutela legítima de los patronos §. *un de leg. patr. tut.* Pues en la *l.* 1. *ff. de cur. furios.* se dice que esta fué introducido al principio por la costumbre; esto es, segun yo pienso por la interpretacion de los prudentes, que asemejaban los pródigos á los furiosos, porque hacian lo mismo que estos en la administracion de sus cosas, *l.* 12. §. 2. *ff. de tut. dat. l.* 1. *pr. ff. de cur. fur.* Considerándose pues en cierto modo ignominiosa la curaduria, no se sujetaba á ella á los adultos, á no ser á peticion de los mismos; y asi se habia establecido por la ley Letoria. Vulgarmente, con todo, se piensa que con esta ley solo se nombraron curadores á los adultos, dementes y disolutos, y yo mismo he sido de esta opinion en las antiguedades romanas, *l.* 1. *tit.* 23. §. 6.; mas si así fuese no sé que es lo que hubiera dispuesto M. Antonino cuando ya antiguamente todos los dementes y pródigos recibian curador por la ley de las 12 tablas, é interpretacion de la misma. Engañó, pues, á muchos el lugar de Julio Capitolino *en la vida de Marco. c.* 10. en que dice: *Acerca de los curadores, estableció que los recibiesen todos los adultos, sin conocimiento de causa, cuando antes segun la ley Letoria solo se nombraban á los de malas costumbres ó á los dementes.* Mas no dice Capitolino que segun la ley Letoria solo se nombrase curador á los dementes y de malas costumbres, sino que antes de Antonino hubo tres especies de curadores: una que se daba segun la ley Letoria á los adultos; otra por la disolucion de costumbres, y otra por la demencia segun las leyes de las 12 tablas. Añade en seguida lo que dispuso despues Antonino; á saber, que todos los adultos recibiesen curadores sin conocimiento de causa. Luego segun la ley Letoria se nombraban curadores, no á todos los adultos sino tan solo á aquellos que los pedian, y á estos con conocimiento de causa. Por consiguiente no le recibian los adultos contra su voluntad, sino tan solo los que lo pedian. Las causas porque se pedian podian ser muchas, porque ninguno queria contratar temerariamente con los menores, y á estos les interesaba pedirlo para poder celebrar el contrato. Mas como en muchos casos pedian curadores cuando querian contraer algun préstamo, se habia con mucha prudencia añadido en la ley Letoria que el nombramiento de curadores se hiciese con conocimiento de causa; pues sin duda averiguaba el Pretor el negocio que queria el menor celebrar, y si era conveniente darle curador. En esto consiste la ley Letoria; mas despues M. Antonino mandó que se nombrasen curadores á todos los menores, sin expresion de causa. Muy bien pues se dice en la *l.* 33. §. 1. *ff. de adm. in. et peric. tut.* que el oficio del tutor acaba despues de nombrado el curador, y muy bien tambien en la ley 1. §. 3. *ff. de min.* que todos los adultos se rigen con el ausilio de curadores hasta los 25 años. Así se empezó á observar desde la constitucion de Marco. Como pues, deberán entenderse las palabras de Justiniano, quien niega reciban los menores curadores contra su voluntad? Por ventura deberemos con Revardo, *lib.* 1. *var. cap.* 17. tachar de ignorante á Triboniano, porque en vez del derecho nuevo y recibido introdujo el derecho antiguo de la ley Letoria, como si fuese verosímil que Triboniano hubiese podido equivocarse en una cosa tan trivial y conocida del mas ignorante en jurisprudencia, ó por ventura lo entenderemos con Vulteyo, §. *nostrum* del curador *ad litem*, ó con Vinnio *l.* 1. *ff. de min.*, de aquel que ya recibió curador, ó diremos finalmente que no admiten las palabras ninguna de entrambas conciliaciones? Mas bien diremos que ni aun despues de la constitucion de Marco se dió curador á los que no lo pedian; mas que este emperador quiso que todos lo recibiesen. Lo primero se prueba por la *l.* 13. §. *ult. ff. de tut. et cur. dat. l.* 2. §. *penult. et ult. ff. qui pet. tut.*, y lo segundo por lo que dice Julio Capitolino. Debia, pues buscarse un medio por el que se viesen los adultos obligados á pedir curador, y esto se consiguió fácilmente, no considerándose finida la tutela hasta que el que estaba en ella hubiese pedido curador. A este lugar se refieren las leyes 33. §. 1. *ff. de admin. et per. tut. y* 5. §. 5. *ff. eod.* De este modo no se daba curador á los menores contra su voluntad sino tan solo á aquellos que lo pedian; mas esto debian verificarlo todos, pues no recibian la administracion de sus bienes antes de hacerlo. De todos estos rodeos era preciso valerse por la ignominia que vulgarmente se creia haber en la curaduria de los menores, *l.* 3. *C. de in integr. rest.* Mas tal vez se diga que antiguamente muchos adultos administraron sus bienes sin ausilio de curador, segun sabemos por la *l.* 7. §. 2. *ff. de min. y l.* 3. *C. de in integr. restit.* A esto se responde que esto es de hecho, no de derecho; pues que tambien los impúberos algunas veces por negligencia de aquellos que estaban obligados á pedir tutor estaban sin este, segun se colige de todo el título *qui petant. tut. vel curat.* y con todo

de ahí no se sigue el que pensemos, que estuvo en la voluntad de los impúberos el sujetarse ó dejar de hacerlo á la potestad de los tutores. Hémonos extendido aqui con alguna prolijidad porque vulgarmente no se pone en esto mucho cuidado. HEIN.

Præterquam in litem). Ya sea el menor actor, ya reo, *l.* 2. *C. qui leg. pers. stand in jud.* (a). Háse esto dispuesto así, para que accionando, ó siendo reconvenidos los menores, su adversario no quede perjudicado por un juicio ilusorio; pues que la sentencia pronunciada contra un menor indefenso es de ningun momento, *l. contra* 54. *de re jud.* (b). Lo mismo se observa por una razon semejante de equidad en otras varias cosas; por ejemplo, si el deudor quiere ó se ve obligado á pagar al menor, *l.* 7. §. 2. *de min.* ó si aquel que fué tutor diere cuenta de su administracion, *l.* 7. *C. qui pet. tut.*

Ad certam causam). Nótanse aquí dos diferencias entre la tutela y la curaduria: la una, que el curador no se dá al que no lo quiere, el tutor si, *l.* 6. *de tut. et cur. dat.*; y la otra, que el curador puede nombrarse para un negocio determinado, mas no el tutor, §. *certæ* 4. *sup. qui. test. tur. dar.*

«En España es costumbre que los mismos «menores pidan curadores si los necesitan, «si es que no los tienen en testamento, pues «que en este caso, serán confirmados por el «juez los en el nombrados, segun hemos vis- «to en el *par. ant.*»

TEXTO.

De furiosis et prodigis.

3. Furiosi quoque et prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ Præfectus urbi vel Prætores, et in Provinciis Præsides, ex inquisitione eis curatores dare.

TRADUCCION.

De los furiosos y pródigos.

Tambien los furiosos y pródigos, aunque sean mayores de 25 años, estan en la curaduria (c) *de sus agnados, por la ley de las doce tablas; y les nombran curador con inquisicion, en Roma el prefecto de la ciudad ó los pretores, y en las provincias los presidentes.*

NOTAS.

3. *Furiosi quoque*). *L.* 1. *D. cur. fur.* Ulp. *tit.* 12. §. 1. Cic. 2. *de invent. c.* 50. *et* 5. *Tusc. c.* 5.

Prodigi). O sean aquellos á quienes por vivir disolutamente se les priva la administracion de sus bienes, *l.* 6. *de verbor. oblig.* §. 2. *inf. quib. non est permis. fac. testam.* Ulp *de loc.*

COMENTARIO.

1. *Si el pródigo en el mero hecho de ser tal, ó sea* ipso jure *debe entenderse privado de la administracion de sus bienes, ó si para ello se requiere la sentencia del magistrado?*

1 A diferencia de la tutela que le hay legítima, no sucede lo mismo con la curaduría de los menores. La tutela legítima se defiere por la ley á los próximos agnados por la esperanza cierta de la sucesion, *l.* 1, *de legit. tut.*, mas la curaduría se defiere por la ley mayormente por causa de la edad, por cuanto los impúberos pueden hacer testamento y, prefiriendo á su agnado, instituir por heredero á quien quisieren. De esto puede entenderse ya porque la ley nombra curadores para los furiosos y pródigos, á saber, porque estos á la manera de los impúberos no pueden hacer testamento, y tienen sucesores ó herederos ciertos los que quiso la ley que fuesen curadores.

Licet majores). Y con mayoría de razon si fueren menores; pues la ley ha querido que todos los furiosos y pródigos, exceptuando tan solo á los pupilos, estuviesen en la curaduría de los agnados. Con todo, desde que todos los menores empezaron por la constitucion de D. Marco á recibir curador se observó que al menor de 25 años que fuese furioso se le daba curador; no como á tal sino como á adulto, no á causa del furor sino á causa de la edad, *l.* 3. §. 1. *D. de tutel.* cuyo lugar parece no haber mirado Baccovio, sino al principio en *d. l.* 3., pues en el se funda para defender la opinion contraria. Antonio Faber, *l. jurispr.* 12. *pr.* 1. *illat.* 6. sostiene que *d.* §. 1. es de Triboniano y ageno de la razon del derecho, pues dándose el curador del menor, no á la persona sino á las cosas, y por el contrario dándose el del furioso á la persona, parece que conviene á este que se le dé curador, mas bien como á tal, que como á menor, y es esta una hermosa razon. Creo que ni de otro modo, á no ser con el consentimiento del curador, se consideran válidas las nupcias contraidas por el furioso, ni este se considera, á no ser con la autoridad del mismo, obligado por la accion *negotiorum gestorum*. Del mismo modo que Fabro piensa el ilustre Jurisconsulto Amaya *lib.* 1. *obs. jur. c.* 8

(a) L. 13. y 17 tit. 16. P. 6.
(b) L. 1. tit. 23. P. 3. vers. *Pero.*
(c) L. 13. tit. 16. P. 6.

1. *Ex lege duodecim tabularum*). *L.* 1. *l.* 12. *de cur. fur.* Ulp. *t.* 12. §. 1. M. Tulio pone las palabras de dicha ley en el *lib.* 2. *de invent. c.* 50. *et* 3. *Tusc. c.* 5. *Si furiosus existat.*; *agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* De donde deducen algunos que la ley nada expresamente dispuso del pródigo, sino que por interpretacion se estiende así á causa del provecho de la sucesion, el cual despues de la muerte del pródigo del mismo modo que despues de la del furioso, pasa por la ley á los agnados, *arg. tit. de leg. patr. tut. supra*, aunque entre nosotros no se encuentra semejante distincion. Ulpiano en *d. l.* 1. define al pródigo diciendo ser aquel que no tiene límite ni modo en sus gastos, disipando de esta manera sus bienes (a); por lo que vulgarmente suele preguntarse, si debe entenderse pródigo aquel que de hecho es tal, ó si ha de aguardarse el decreto del magistrado; es decir, si *ipso jure*, y en virtud de la ley de las doce tablas se entiende privado de la administracion de sus bienes aquel que vive disolutamente y disipando sus bienes; ó si ha de aguardarse para esto á que haya sido declarado tal por sentencia del magistrado? A esto debo decir que aquel que por sus costumbres es tal como en dicha ley primera se describe, en realidad y moralmente hablando es pródigo; pues los vicios y virtudes no dependen del conocimiento y sentencia del juez, sino que tienen una naturaleza y forma propias; mas por lo que hace á la administracion de los bienes no se considera civilmente y para los efectos del derecho pródigo, sino aquel que ha sido privado de ella con conocimiento de causa por un decreto del magistrado, cuya fórmula existe en Paulo 3. *sent.* 4. Es decir, que la prohibicion ó privacion de la administracion de los bienes no es de derecho, sino de jurisdiccion; esto es, que á nadie priva la ley especialmente, ni puede hacerlo, de la administracion de sus bienes, sino que generalmente manda que se les prive de ella, y esto con la autoridad del magistrado, á todos aquellos que despues del conocimiento de causa se viere que son pródigos; disponiendo la misma ley que aquel á quien públicamente se le ha privado de la administracion de sus bienes esté en la curaduría de los agnados, Ulp. *d. t.* §. 1.: véase el §. 2. *inf. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. *de cur. fur.*, aunque estos se dice que son privados de la administracion de sus bienes por la misma ley, *d. l.* 1. *de cur. fur. l.* 18. *qui test. fac. l.* 5. §. 1. *de acq. hær.*, á causa de que la ley manda hacer esto, y porque de la misma recibe el curador la administracion de sus bienes. Muy bien, pues, y conforme con la razon del derecho dice Horacio, 2. *ferm.* 3.

Interdicto huic omne adimat jus.

Prætor, et ad sanos abeat tutela propinquos.

Otra es la razon del furioso; pues siendo manifiesto el furor no es necesario que el magistrado le prive de la administracion de sus bienes; mas para que no sea considerado como pródigo civilmente, debe entenderse á muchas y varias circunstancias sobre las que debe conocer y fallar el magistrado, á fin de que nadie usurpe alguna potestad temerariamente sobre un hombre dueño de sí mismo, y mas bien liberal que pródigo, y á fin tambien de que á nadie perjudique una probable ignorancia. Con todo, tal vez se diga que vuelto el pródigo á buenas costumbres y á la frugalidad deja *ipso jure* de estar en curaduría, *d. l.* 1. *de cur. fur.*, mas esto tampoco excluye el conocimiento y declaracion del magistrado; pues es necesario que pública y manifiestamente conste esto, como comunmente lo sientan nuestros doctores segun Angelo. No obstante tambien considero que si uno celebrase un contrato con uno de quien sabia que era un disipador, y que consumiria malamente el dinero luego que se le hubiese entregado, consideraria digo, en este caso que podria imputársele, *arg. l.* 8. *pro empt.* Vigl. *in.* §. 2. *infr. quib. non est perm. test. fac.* M. ns. *hic.* Gail. 2. *obs.* 51.

Sed solent Romæ). *L.* 1. *de cur. fur. l.* 8. §. *ult. de tut. et cur. dat.* Acerca de lo que, no obstante, se aparta el magistrado lo menos posible de la ley de las doce tablas; pues no acostumbra á dar la administracion á otros, á no ser que no haya agnados ó que no sean estos idóneos, *l.* 13. *de cur. fur.* de modo que no absolutamente ha sido convertida esta curaduría de legítima en honoraria.

TEXTO.

De mente captis, surdis, etc.

1. Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.

TRADUCCION.

De los mentecatos, sordos, etc.

(a) L. 5. tit. 11. P. 5.

Tambien han de nombrarse curad... para los men...

los, sordos, mudos, y para los habitualmente enfermos, á causa de que no pueden administrar sus cosas.

COMENTARIO.

Mente captis). (a) El furioso puede tambien llamarse mentecato, esto es, demente ó sin juicio; pues el furor segun Cic. 3. *Tusc.* es la ceguedad del entendimiento para todas las cosas; con todo, muchas veces se distinguen estas dos cosas como en la *l. diem proferre* 27. §. *coram.* 5. *de recept. arb. l.* 2. *de inoff. test. l. ult.* §. 1. *C. de adm. tut.*; y tambien el furor y la demencia, *l.* 8. *de tut. et cur. dat. l.* 6. *de cur. fur.*, llamándose el mentecato en griego ἄνους, ἀνόητος, sin entendimiento; y el furioso μανιώδης, es decir, maniático. Cic. *in Pison. cap.* 20. dice: *Ego te non vecordem, non furiosum, non mente captum, nan tragico illo Oreste, aut Athamante dementiorem putem?* Nuestros intérpretes distinguen al furioso del mentecato en que el primero está agitado por cierta rabia del ánimo, como nos citan las fábulas de Athamante, Hércules, Ayax y Orestes; y estos estan mas sosegados, sin manifestar apenas ninguna señal exterior, cuyo vicio las mas de las veces es natural y pérpetuo. Dos especies hay de furiosos; pues en algunos es perpétua su enfermedad, y continua la enajenacion de su entendimiento; mas hay otros que tienen ciertos intérvalos lúcidos, *l.* 14. *de off. præs. l.* 12. §. 2 *de judic. leg. si cùm dotem* 22. §. *si maritus* 7. *sol. matrim. leg.* 6. *C. de cur. fur.*

Surdis et mutis). De los sordos y mudos se habla en la *l.* 8. §. 5. *de tut. et cur. dat.* y generalmente de todos aquellos que no pueden administrar por si mismos los bienes en la *l.* 12. *eod. tit.* Acerca el ciego nada se encuentra dispuesto, pues si no tiene otro impedimento puede muy bien cuidar de sus intereses.

TEXTO.

De pupillis.

3 Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel à prætore, aut præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item loco tutorem, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari

TRADUCCION.

De los pupilos.

Algunas veces tambien los pupilos reciben curador como por ejemplo, si el tutor legítimo no fuere idóneo; porque al que tiene tutor no se le puede dar otro. Tambien suele agregarse un curador al tutor nombrado en testamento, ó por el Pretor ó Presidente, si no fuere idóneo para la administracion, y con todo no desempeña fraudulentamente los negocios. Igualmente suelen darse curadores en lugar de aquellos tutores que se excusan de la tutela, no para siempre, sino temporalmente.

(a) L. 13. tit. 16 P. 6.

NOTAS.

3. *Curator adjungi*). *L.* 10. §. *ult. excus l.* 13. *de tut. t.* 2. *C. in quibus causis tut.* Y tambien al tutor legítimo considerado como sospechoso, *l.* 9. *de suspec. tut.* En otras partes se le da el nombre de tutor, *l.* 12. *de tut. l.* 14. *et. seq. de tutor, dat.*

COMENTARIO

Habenti tutorem tutór dari non potest). Esta es una regla del derecho civil, de la que se hace muchas veces mencion en este tratado, *l. idem fiet* 27. *de test. tut. l. cum. jure* 9. *C. qui. pet. l. tut. l. si sororis* 9. *C. qui dar. tut. etc.* La verdadera razon de esto, empero, es la que da Wesembecio, de que considerándose el tutor nombrado, como dado á la persona del pupilo y á todo su patrimonio, §. *datus* 17. *inf. de excus.* no puede contra su voluntad, y en virtud del nombramiento de otro tutor quitársele ó disminuírsele este derecho, sin hacerle una injuria, mientras permanezca en la tutela. Con todo agrégasele un curador con el objeto de ayudarle y aliviarle, y esto queriéndolo y pidiéndolo el mismo tutor. Por lo demas, no deja de tener bastantes excepciones esta regla; pues en primer lugar al que tiene tutor puede dársele otro para ciertos bienes, *l. propter litem* 21. §. *ult. de excus.*, esto es que sean pertenecientes al patrimonio que el pupilo tiene en otra provincia, *l. tut.* 39. *patruus* 8. *de adm. tut.* Tambien si el tutor se volviere furioso, mudo ó sordo dice Cayo que muchos Senado-consultos disponen que en su lugar se nombre otro tutor, *l. pen. de tutel.* Lo mismo finalmente está dispuesto si el tutor se ausentare por causa de la república, fuere hecho prisionero por los enemigos, ó relegado, *l.* 12. *et l.* 15. *eod. l.* 1. *et l. pen. C. in quib. cas. tut. hab.* Esto, con todo, no se observa en muchos casos pues en otra parte leemos que por causa de enfermedad ó demencia del tutor se nombra interinamente un curador, *l.* 10. §. *ult. de excus.*, lo propio que á causa de la falta de todos aquellos que se excusan temporalmente, l. 15. *et l. seq. de tut. et cur. dat.* Y yo pienso que el Pretor segun la cualidad de la enfermedad

5 la duracion de la ausencia nombraba, ya tutor, ya curador, empleando los antiguos indistintamente estas dos palabras.

Nec tamen fraudulenter). Pues si desempeñare fraudulentamente la tutela no se le agrega un curador, sino que se le priva de ella, *l.* 6. *C. de suip. tut.* §. *ult. inf. eod.* Con todo, esta cláusula se ha omitido en el tutor legítimo, á causa de su parentesco con el pupilo, el que hace que se mire por su fama, aunque haya faltado gravemente, dándosele mas bien un curador que no removiéndolo de la tutela con infamia, *l.* 9. *de susp. tut.*

Sed ad tempus). Porque se ausentan por causa de la república, *l.* 45. *de tut. dat.*, ó por otra causa justa y necesaria, *l.* 46. *eod.* En lugar de aquellos que se excusan perpétuamente se nombran otros tutores, *l.* 41. §. 1. *de test. tut. l.* 1. *C. in quib caus. tut. hab.*

TEXTO.

De constituendo actore.

6. Quod si tutor vel adversa veletudine vel alia necessitate impediatur, quominus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit, vel infans sit; quem velit actorem, periculo ipsius tutoris prætor, vel qui provincia præerit, decreto constituet.

TRADUCCION.

Del nombramiento de tutor.

Si el tutor por padecer una enfermedad, ó por otro obstáculo no pudiere administrar los negocios del pupilo, y este ó estuviere ausente, ó fuere infante, el pretor ó el presidente de la provincia nombrará por un decreto el actor que quiera el tutor bajo la responsabilidad de este (a).

NOTAS.

Actorem). Pomponio le llama coadjutor de la tutela, *l.* 45. §. 1. *de tut.*

Constituet). Esto es, discernirá el cargo al designado y nombrado por el tutor, y por esta causa será este responsable, *l.* 24 *de administr. tut. et l.* 45. §. 1. *de tut.*

COMENTARIO.

No siempre se agrega un curador al tutor por las causas que hemos dicho, sino que suele por el decreto del Pretor constituirse un actor bajo la responsabilidad del tutor, todas las veces que así lo exige la multitud de los negocios, la dignidad, edad ó la salud de este, *l. decreto* 24. *de adm. tut.* Pomponio le llama coadjutor de la tutela, *l.* 15. §. *de tut.* Por las mismas causas nombra actor el curador, *l. unic. C. de act. á tut. seu curand.*

Vel absit, vel infans sit). Pues si estuviere presente y pudiere hablar no hay necesidad ninguna de acudir al Pretor para que le nombre por medio de un decreto, pues el pupillo como á dueño puede con la autoridad del tutor nombrar un procurador, *d. l. decreto* 24 *de adm. tut. l.* 11. *C. de proc.*

Periculo ipsius tutoris). Aunque el tutor no sea responsable de los actos del curador que se le agrega lo es de los del actor y ayudante de la tutela, aunque interviniere el decreto, *d. l.* 45. §. 1, *de tut. d. l. decreto* 24. *de adm. tut.*, á causa de que aquel que hace el nombramiento parece prometer la idoneidad del nombrado, *arg. leg.* 1. *de mag. conv. l.* 4. §. 5. *de fidei. et nominat.*

TÍTULO VIGÉSIMO CUARTO.

De las fianzas de los tutores y curadores.

CONC. CON EL LIB. 27. TIT. 7. DIG. Y CON EL LIB. 5. TIT. 57. DEL COD. (b).

Continuacion y argumento del título con el resúmen de muchas cosas comunes á la tutela y curaduría.

Hasta aquí se ha hablado de los tutores y curadores distinta y separadamente, habiéndose explicado lo que es propio de la tutela, y de la curaduría. Lo que ahora se sigue; a saber, las fianzas, las excusas y la acusacion y remocion del tutor sospechoso es comun á entrambos cargos; por lo que, lo que tal vez digamos en obsequio de la brevedad, tan solo de uno de ellos, deberá entenderse de los dos. Aunque este título tenga un epígrafe sencillo comprende, con todo, dos capítulos:

(a) L. 96. tit. 18. P. 7.
(b) Tit. 16. P. 6.

uno acerca la fianza que debe exigirse del tutor antes de entrar en su cargo, de lo que se trata en el titulo de las Pandectas *rem. pup. salv. for.*, y el otro de la facultad de reconvenir subsidiariamente al magistrado sobre lo que se habla en los *tit. del D. y del C. de mag. conv.* Ademas de la satisfacion hay otras dos cosas que se exigen de todos los tutores y se han omitido aquí: primera, la confeccion de inventario, *l. 7. de adm. tut. l. ult. C. arb. tut. l. tutores* 24. *C. de adm. tut.* Christ. *vol.* 5. *dec.* 151. *n.* 6. *et seq. et dec.* 163. *num.* 7. *et seq.* Grot. 1. *manud.* 9. (a), y segunda el juramento de desempeñar su encargo con fidelidad y de mirar por la utilidad del pupilo, *Nov.* 72. *c. ult.* de donde está tomada la *auth. quod generaliter C. de cur. fur.* (b). Para este objeto están obligados al pupilo y al adulto tácitamente todos los bienes del tutor y curador por la administracion de los mismos. *l. pro officio* 20. *C. de adm. tut. y* alli los *DD* Christin. *d. decis.* 151 (c). Finalmente la condicion de los tutores y curadores es igual en que no pueden enagenar sin conocimiento y decreto del juez los bienes inmuebles del pupilo ó menor, ni tampoco los muebles que pueden conservarse sin deteriorarse, *l. lex quæ* 22. *C. de adm. tut.* y en ella los *DD.* Christin. *d. dec.* 151. *cum seqq.* (d).

«En España, en atencion á ser muy gravoso el cargo de la tutela, concede á los tutores la *l.* 2. *tit.* 7. *lib.* 3. del Fuero Real la décima parte de los frutos ó réditos procedentes de los bienes del pupilo. Véase á Gaspar Baeza en su obra *de decima tutori jure hispano præstanda*, y á Juan Gutierrez *de tut. part.* 3. Esta décima aunque no está admitida por el derecho vigente en Cataluña, con todo está recibida por costumbre. V. *Décima*, Comes. *cap.* 8. *part.* 3.»

TEXTO.

Qui satisdare coguntur.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia à curatoribus tutoribusve consumantur vel diminuantur, curet Prætor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur: quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore approbata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur: quia idonei electi sunt.

(a) L. 15. d. tit. y P.
(b) L. 9. tit. 16. P. 6. vers. *E sobre tod.*
(c) L. 23. tit. 13 P. 5. vers. *E aun decimos.*

TRADUCCION.

Quienes estan obligados á afianzar.

Para que los curadores y tutores no consuman ó deterioren los bienes de los pupilos ó pupilas, y de aquellos y aquellas que estan en curaduría, debe cuidar el pretor que los tutores ó curadores presten fianza, (e). Mas esto no siempre se observa; pues los tutores testamentarios no estan obligados á afianzar, porque su fidelidad y diligencia ha sido aprobada por el mismo testador. Tampoco deben verificarlo los tutores y curadores dados con inquisicion, por que han sido elegidos idóneos.

NOTAS

Eo nomine satisdent.) Esto es, prestar caucion al pupilo ó adulto por medio de fiador, *l.* 1. *et pass. D. rem pup. salv. for.*, pues en esto consiste la fianza; entre los griegos se llama ἐγγύας παρέχειν Las estipulaciones pretorias, de las cuales esta es una, no admiten regularmente la caucion pignoraticia, *l. 7. de stip. prœt.*

Testamento dati). Como tambien los confirmados por haber sido dados en testamento, *l.* 3. *de conf. tut.*, pues el testimonio del padre sirve de fianza, *l.* 7. §. 3. *D. de cur. fur.*, por cuanto no suele este elegir por tutor sino á uno de fidelidad y diligencia conocidas, *l.* 36. *de excus.* Exceptúanse los casos de la *l.* 8. *cum.* 2. *seqq. de conf. tut.*

Ex inquisitione). *L.* 4. *C. de tut. qui sat. non ded.* Hay una regla que dice, que cuando tiene lugar la inquisicion no se exige la fianza, *l.* 8. *de cur. fur. l. ult.* §. 7. *de adm. rer. ad civ. pertin.*, pues la fidelidad de la inquisicion reemplaza la caucion como dice Pap. *l.* 13. *in fin. de tut. dat.*

COMENTARIO.

1. *Cuando se admiten prendas en vez de fiador?*
2. *Los fiadores de un solo tutor no gozan del beneficio de division, mas la accion procedente de la persona de muchos tutores se divide entre sus fiadores.*
3. *No hay especie ninguna de tutores en la que no hallemos algunos eximidos de afianzar*

1. *Eo nomine satisdent*). Afianzar, propiamente hablando, es dar caucion por medio de fiadores, *l.* 1. *qui satisd. cog.*, y esto se exige regularmente en todas las estipulaciones pretorias, *l.* 7. *de prœt. stipul.*, pues ordinariamente el pretor mandaba prestar

(d) L. 18. tit. 16. P. 6. L. 4. tit. 5. P. 5. con la glosa 8. de la misma.
(e) L. 9. tit. 16. P. 6. L. 91. tit. 18. P. 3

caucion acerca de aquello en que se hubiese de interesar el pupilo, y esto no tiene una estimacion determinada. Por lo tanto no quiso admitir prenda, no sabiendo cuanta y cual debe darse. Por otra parte, en muchos casos las prendas son perjudiciales, ocasionando muchos inconvenientes, y siendo difíciles de custodiar, segun advierte Castr. *d. l.* 1. *qui satisd. cog.* Mas si hubiese de prestarse caucion por una cosa ó cantidad cierta tambien se admiten prendas, *l.* 1. §. *jubet.* 9. *de collat.* *l.* 2. §. 3. *quod. legat.* Así que, afianzar en nombre de la tutela ó curaduría, es prometer al pupilo, adulto ú otro que estipula, teniendo derecho para hacerlo, de que conservará sin menoscabo los negocios del pupilo ó adulto, dando para ello fiador, que promete responder de lo que el tutor estará tenido á prestar por dicha causa; por lo que esta caucion se llama afianzar la indemnidad del pupilo ó adulto, y frecuentemente afianzar que se conservarán íntegros los intereses del pupilo ó adulto.

2. Si hubiere muchos fiadores ó tutores, cada uno de ellos está obligado *in solidum*, y puede ser reconvenido; pues el beneficio de division que los demas fiadores tienen por la epístola de D. Adriano no es extensivo á los fiadores del tutor, *l. ult. rem pup. salv.* Con todo, la accion que nace de la persona de muchos tutores se divide entre los fiadores de los mismos, *l.* 6. *de fidei. et nomin.* *l.* 1. §. *et siquidem* 11. *de tut. et rat. distr.* Esta estipulacion es propia tambien de los curadores de los furiosos y pródigos, *l.* 4. §. *ult. rem pup. salv. for.*, y si uno fué tutor empieza á tener efecto despues de acabada la tutela, empezando desde entonces á ceder el dia para los fiadores; mas en el curador tiene efecto desde el momento que se perjudica en alguna cosa al adulto, *d. l.* 4. §. 4. Finalmente, todo lo comprendido en el juicio de tutela está tambien contenido en esta estipulacion, y así vienen en ella no solo los perjuicios causados, sino tambien las ganancias perdidas, *l.* 9. *d. tit.* *l.* 1. *de tut. et rat. distr.* 1. *si tutor.* 15. *de adm. tut.* Vinn. Muy bien dice Vinnio que la estipulacion tiene efecto en el tutor despues de concluida la tutela: así tambien lo dice elocuentemente Ulpiano, *l.* 4. §. 4. *ff. rem. pup. salv. fore.* Mas á esto parece oponerse la *l.* 11. *ff. eod.* en la que Neracio dice: *cùm rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si quod ex tutela dari fieri oportet, non praestetur.* Por lo que, dicen algunos, que la estipulacion tiene efecto desde luego que deja el tutor de prestar lo que debia [illegible]; [illegible] puede entablarse la accion hasta despues de concluida la tutela; mas no hay en esto contradiccion; pues no trata Neracio del tiempo en que tiene efecto la estipulacion, sino del modo de celebrarse y así parece no hay necesidad de esta conciliacion. Hein.

3. *Sed hoc non est perpetuum*). En tanto no sucede esto siempre así, como que parece se comprenden mas casos en las excepciones que en la regla general, pues no hay especie particular de tutores en la que no haya algunos exentos de afianzar. Los testamentarios lo estan todos, *l. testamento* 17. *de test. tut.* *l.* 3. *et* 4. *C. de tut. vel. cur. qui sat. non det.* De los legítimos se exceptuan los patronos y sus hijos, *l.* 5. §. 1. *de leg. tut.* y de los dativos los dados con inquisicion *hoc. tex. et l. pen. C. de tit.* Mas porqué razon se eximió á todos estos de afianzar, al parecer contra la utilidad de los pupilos? A esto respondemos que nada se hace aquí contra esta utilidad, sino que cuando se ha creido haber mirado bastante por los pupilos, ha parecido indecoroso exigir fianza é imponer esta carga á hombres de fidelidad y diligencia conocidas; y por tales deben reputarse los testamentarios ó los nombrados con inquisicion, por las causas que luego manifiesta Justiniano. Aunque el patrono y su hijo estan exentos de afianzar, con todo, solo es despues del conocimiento de causa, *d. l.* 5. §. 1. *de leg. tut.* Con mayoría de razon se dispuso que estuviese libre de prestar fianza el padre manumisor.

Tutores testamento dati). Excepto en el caso en que el tutor nombrado por el padre hubiere malbaratado sus bienes, ó se hubiesen descubierto sus malas costumbres antes ocultas ó ignoradas, ó finalmente se hubiere suscitado una enemistad entre él y el padre, *l.* 4. *de test. tut.* *l.* 8. *et* 2. *seq. de conf. tut.* Tambien los tutores que han sido dados viciosamente en testamento y deben confirmarse simplemente ó con inquisicion, están libres de afianzar, mas los otros están obligados á ello, *l.* 1. §. 2. y algunas *ll. seq. d. tit.* §. *ult. supr. de tutel.* y lo allí notado.

Ab ipso testatore approbata). Pues los padres no acostumbran encargar la tutela de sus hijos, sino á aquel cuya benevolencia, fidelidad y diligencia les estan bastante conocidas y probadas, *l. amicissimus* 36. *de excus.*, de modo que con razon el testimonio paterno hace las veces de fianza, *l. de orationibus* 27. *C. de Episc. aud.* *l. ult.* §. 5. *C. de cur. fur.*

Quia idonei electi). Por cuya causa escribe Papiniano que la fidelidad de la inquisi-

cion reemplaza al vínculo de la caucion, *l. si impuberi* 15. *in fin. de tut. et cur. dat.*

« En España nada se halla expresamente « establecido sobre la necesidad de imponer « ó eximir de la fianza á los tutores dados « en testamento. Pero atendiendo á que la « *l.* 94. *tit.* 18. *P.* 3. y la *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. « que imponen á los tutores esta obligacion, « hablan solo de los legítimos, parece pro- « bable que los testamentarios, segun el es- « píritu de dichas leyes, estan exentos de dar « fianza; y esto mismo lo confirma la partí- « cula adversativa *Pero*, con que empieza el « versículo de dicha ley que habla de la fian- « za. V. á Greg. Lopez *en la glos.* 5. de la mis- « ma ley 3. donde tambien aprueba las disposi- « ciones del derecho romano sobre el patro- « no y sus hijos, y los tutores dados con in- « quisicion, diciendo, no obstante, que en « la práctica á todos se exige la fianza. Por « lo que hace á la madre y abuela, á quienes « faltando tutores testamentarios, se confie- « re la tutela por órden sucesivo, (es decir, « primero á la madre, despues á la abuela), « quieren Aso, y de Manuel (*Inst. de Cast. lib.* 1. *Cap.* 5. *vers. Como*) que no esten « obligadas á dar fianza, fundándose en la « *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. Pero es mucho mas pro- « bable la opinion contraria que defienden « Greg. Lop. en la *glos.* 8. de dicha ley, y « Gutierrez *de tut. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 16., « apoyados en que sin embargo de que la ci- « tada ley 9 no requiera especialmente la « fianza en la madre ni en la abuela; no obs- « tante, la requiere indistintamente en los « tutores lejítimos; y no hay duda que la « madre y abuela son tutoras lejítimas, ó « que por lo menos se deben considerar co- « mo tales, si es que á su tutela no se ha « de dar el nombre de anómala como algunos « hacen. V. á Gutierrez en *d. num.* 16. don- « de examina esta cuestion con extension « profundidad. »

TEXTO.

Quatenus satisdatio de iis, qui satisdare non compelluntur, locum habere possit.

1. Sed etsi ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satisdationem de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori suo vel concuratori præferri, ut solus administret; vel ut contutor, aut concurator satis offerens præponatur ei, ut et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satisdationem á contutore vel concuratore; sed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori suo, utrum velit satis accipere, an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit á testatore, quis gerat, ille gerere debet; quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse genere debet, ut edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos qui gerere debent, Prætor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.

TRADUCCION.

En que casos puede tener lugar la fianza de aquellos que no están obligados á prestarla.

Si hubieren sido nombrados en testamento ó con inquisicion dos ó mas tutores, puede uno de ellos ofrecerse á afianzar la indemnidad del pupilo ó adulto, y ser preferido á su contutor ó concurador para administrar él solo, ó bien este contutor ó concurador ser preferido él en caso que se ófreza tambien á afianzar para conseguir él solo la administracion. Así es, que por sí solo no puede pedir á su contutor ó concurador que afiance sino que debe ofrecerse él antes á hacerlo dando á elegir á su concurador ó contutor entre recibir su fianza, ó afianzar el mismo. (a). *Sí ninguno, empero, se ofreciese á afianzar administrara la tutela aquel que hubiere designado el testador para hacerlo, y si no hubiere designado á ninguno, el que fuere elegido por la mayor parte deberá administrar, como se previene por el edicto del Pretor; mas si los tutores disintieren acerca de la eleccion de aquel ó aquellos que han de administrar, el Pretor deberá interponer su autoridad, Lo mismo deberá decirse cuándo hay muchos tutores dados con inquisicion, esto es, que la mayor parte de ellos podrá elegir al que haya de administrar.*

NOTAS.

Potest unus offerre). Por la provocacion de uno de muchos tutores que no están sujetos á afianzar puede hacerse que se vean los demas obligados á ello, ó á encargar la administracion al que está dispuesto á prestar la fianza, *l.* 17. *et* 2. *seq. de test. tut.*, pudiendo sacarse la razon de esto de la *l.* 3. §. 6. *de admin. tut.*

Si non fuerit adscriptum). O bien si el designado por el testador no quisiere administrar, *d. l.* 5. §. 7.

Prætor partes suas interponere). Esto es, determinar con conocimiento de causa aquel que haya de administrar la tutela, *d. l.* 5. §. 7. *l.* 14. §. 1. *D. de solut.*, no habiéndose aqui permitido dirimir la divergencia por medio de la suerte, porque se trata del perjuicio de un tercero. Acurs.

COMENTARIO.

1. *Por el ofrecimiento de uno de muchos tutores no obligados á afianzar puede suceder que los demas queden sujetos á ello*

2. *La tutela no se administra tan bien por muchos como por uno, y por esta razon debe el Pretor cuidar*

(a) L. 11. tit. 16. P. 6.

de que se encargue á uno solo la administracion, manifestándose el órden que en esto deben guardar.

1. Encuéntrase en este párrafo una excepcion de lo que dijimos al principio, de que los tutores, testamentarios ó dados con inquisicion no estaban obligados á afianzar; pues aunque directamente no se les puede á estos exigir la fianza, con todo, si fueren muchos los tutores; por el ofrecimiento de uno de ellos puede suceder que los demas queden obligados á afianzar, en el caso que no quieran encargar la administracion al que está dispuesto á verificarlo. Y con mucha justicia fué esto introducido por el Pretor; pues recayendo la responsabilidad de la administracion no dividida sobre todos los tutores, y estando todos tenidos y obligados por lo que se ha administrado mal por culpa de uno solo, *l.* 6. *in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut.*, es muy justo que si uno teme este peligro se le permita á él solo la administracion si ofreciere afianzar por la seguridad de sus cólegas, y que en casos que estos prefieran administrar por si mismos lo hagan con igual condicion, y prestando á su vez la fianza aseguren de todo peligro á su cólega que antes la ofreció.

2. Por otra parte, como la tutela no se administra tan bien por muchos como por uno solo, (pues que estando muchos admitidos á la administracion, las mas de las veces se estorban reciprocamente por la discordia y emulacion, y muchas veces tambien como dice Arist. 2. *pol.* 2. con la mútua presuncion, y con la confianza de que los otros trabajarán, ninguno hace nada, y ademas uno solo puede con mas facilidad desempeñar la administracion), debe cuidar el Pretor, que en cuanto fuere posible recaiga la tutela en pocos ó mejor en un solo, y que no se divida entre muchos *l.* 13. §. *apparet.* 6. *de adm. tut.*, y elegantemente Tuld. *cap.* 3. *et* 4. *hic.* Con este objeto estableció el Pretor muchos grados, cuyo órden y número nos manifiesta aqui Justiniano: el primero es, que se encargue la administracion á aquel que se ofreciere á afianzar entre muchos tutores no sujetos á ello, *l.* 17. *de test. tut.*; en seguida, si ninguno se ofreciere debe encargarse al designado por el testador, al que malamente pone Hotomano en primer lugar, *d. l.* 3. §. 1. *de adm. tut. l.* 14. §. 1. *de solut.* Si el testador no hubiese designado á ninguno deberá administrar aquel que hubiese elegido la mayor parte de los cólegas, *d. l.* 3. §. *si non.* 7. *ff. de l.* 14. §. 1.; y si estos disintieren entonces el pretor deberá interponer su autoridad, y con conocimiento de causa nombrar al que haya de administrar la tutela, *Id. ll.* no habiendose querido aqui dirimir la divergencia por medio de la suerte porque se trata del perjuicio de un tercero, Gloss. *in verb. partes.* Con todo, esto solo se observa cuando se trata de encomendar la administracion de la tutela á uno ó á pocos; pues si todos quisieren desempeñarla, ó dividirse entre si la tutela por partes, ó por paises, deben ser oidos para que no se les obligue contra su voluntad á ser responsables de las faltas de otros, *d. l.* 3. §. *pen. et ult. cum. l. seq. de adm. tut.* Lo mismo sucede si todos estuvieren prontos á afianzar, *d. l.* 17. *de test. tut.*; pues entonces el Pretor puede elegir el mas idóneo, *l. quod si* 18. *de tit.* (a). Ni siempre se observa aqui la voluntad del testador, ni tampoco es siempre preferido á los demas aquel que se ofrece á afianzar cuando concurren las causas que pone Ulp. *en d. l.* 3. §. 3. *de adm. tut. d. l.* 17, §. 1. *et* 2. *de test. tutor.*

Per se non potest petere). El tutor ó curador testamentario, ó dativo no puede exigir de su cólega que afiance, sino que debe ofrecerle la eleccion entre si quiere recibir su fianza, ó afianzar él mismo, *l.* 7. *rem pup. sal. for.*; á saber, de este modo: ó *afianzas tú: ó dejas que yo afiance.*

In pluribus ex inquisitione). Por interpretacion del edicto y de la oracion de los *Divi fratres*; pues las palabras del edicto solo pueden referirse á los testamentarios, *l. si nemo* 19. §. 1. *ff. de test. tut.* Lo que no debemos pasar por alto aquí es, que aun cuando se defiera la administracion á uno solo, no por ello los tutores honorarios, es decir, aquellos que no administran, están enteramente libres de toda responsabilidad, sino que despues de excutidos los bienes de aquel que administra pueden ellos tambien ser reconvenidos; pues que es obligacion suya observar los actos del tutor que administra, examinar las cuentas, y acusarle como á sospechoso en caso de malversacion, *d. l.* 3. §. 2. *de adm. tut.* Tuld. *c.* 4.

TEXTO.

Qui ex administrationem tutelæ, vel curationis tenentur.

2. Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis, vel adultis, cæterisque personis ex administratione rerum teneri, sed etiam in eos, qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino à tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idoneè passi sunt caveri. Quæ quidem tam ex

(a) L. 11. tit 16. P. 6.

prudentum responsis, quàm ex constitutionibus imperialibus etiam in heredes eorum extenditur.

TRADUCCION.

Quiénes están obligados por la administracion de la tutela ó curaduría.

Debe saberse que no solo están obligados por la administracion de los bienes los tutores y curadores á los pupilos, adultos y demas personas, sino que tambien se dá á estos una accion subsidiaria contra los que recibieron los fiadores; cuya accion les sirve como de último refugio. La accion subsidiaria se da contra aquellos que, ó absolutamente descuidaron de exigir fianza á los tutores ó curadores, ó permitieron que diesen fianza poco idónea, habiéndose esto, ya por las respuestas de los prudentes, ya por las constituciones imperiales hecho extensivo tambien á sus herederos.

NOTAS.

2. *Subsidiariam actionem*). Esto es, que se da en subsidio al pupilo y adulto despues de excutidos los bienes de los administradores y sus fiadores; véase mas latamente en el comentario.

COMENTARIO.

1. *Quiénes y en qué casos, ademas de los tutores y curadores, están obligados á los pupilos y menores, y con qué órden deben ser reconvenidos?*

Esta es la otra parte del título en que se trata de la accion subsidiaria, que como á último recurso se concede á los pupilos, adultos y demas personas, contra el magistrado que debió exigir fianza. De donde se deduce que no tiene lugar esta accion cuando ha sido nombrado tutor testamentario ó con inquisicion, sino tan solo en los legítimos ó en los simplemente dados; pues estos son los únicos sujetos á afianzar.

1. *Subsidiariam actionem*). Esta accion recibe su nombre de la esencia de la misma cosa, por cuanto se da subsidiariamente á los pupilos, sino pueden conseguir su cosa de los tutores y fiadores. De este modo esta accion es su último refugio, y como su sagrada áncora, *l. 4, et* 5. *de mag. con.* Para que esto se entienda mejor debe saberse, que en primer lugar ha de reconvenirse á los tutores y herederos de estos, y si hubiere muchos tutores á aquel que administró y sucesores suyos, *l. tutores* 39. §. *in eum.* 11. *de adm. tut. l. ult. C. de div. tut.* Si este, empero, fuere insolvente recae la responsabilidad sobre los demas. Si todos administraron la tutela puede elegir el pupilo á uno de ellos y reconvenirle *in solidum, l.* 2. *C. d. tit. l.* 6. *arb. tut.*; mas entonces tiene este tres beneficios; á saber, el de division, el de cesion de acciones, á ejemplo de los fiadores, *l.* 1. §. *et siquidem* 11. *de tut. et rat. dist. d. l.* 2. *C. de div. tut.*; y ademas una accion útil contra los contutores si hubiere prestado alguna cosa en virtud de la administracion comun sin que se le hayan cedido las acciones, *d. l.* 1. §. *et si forte* 13. Si ninguno hubiere administrado particularmente la tutela, y todos fueren solventes, tambien entónces pueden los pupilos elegir á uno, y el reconvenido podrá hacer recaer sobre los demas la participacion de la responsabilidad; pero no podrá exigir que se le cedan las acciones, *l. si plures* 38. *de adm. tut.* Pero si la administracion de la tutela hubiere sido dividida por el magistrado ó el testador en varias partes ó paises, cada uno debe ser reconvenido por la parte que le haya tocado, á no ser que se le impute el dolo ó culpa lata, porque no acusó á su cólega de sospechoso, ó lo hizo, pero fraudulentamente despues de disipados ya sus bienes, *d. l.* 1. *C. de div. tut. l. Lucius* 46. §. *pen. de adm. tut.* Por convenio de los tutores no se libran estos de la mútua responsabilidad; pero si aquel que administró es solvente deberá ser reconvenido él y sus sucesores en primer lugar, *l. ult. C. d. tit.* Finalmente, los bienes de los tutores están obligados á los pupilos, ya por las cosas hechas, ya por las dejadas de hacer, *l. pro offic.* 20. *C. de adm. tut.* Myn. Schueid, *hic.* Y este es el recurso que tiene el pupilo en caso que los tutores no hayan afianzado por ser testamentarios, ó dados con inquisicion; pero si fueren tales que debiesen afianzar, y no se hubiese exigido la fianza, despues de los tutores puede reconvenirse al magistrado que descuidó su obligacion en no exigirla, como se dice en este texto. Pero exigida la caucion, despues de los tutores y sus herederos deberán ser reconvenidos los fiadores, y faltando estos sus sucesores, *l.* 3. *de fidei. et nomin. et hær. tut.* Y por último, excutidos todos los bienes de los administradores y fiadores, si aun no hubiere conseguido todo lo suyo el pupilo, se le da una accion subsidiaria contra el magistrado que recibió la fianza, *l. Cucius* 56. §. *pen. de adm. tut. l.* 4. *C. de Mag. con.* Algunas veces, con todo, antes de reconvenir á los tutores se dirigen contra el magistrado, lo que sucede siempre que no puede imputarse á aquellos el que no hayan exigido fianza de su contutor ó no le hayan acusado de sospechoso, *l.* 1. §. *usque adeo* 15. *de tut. et rat. distr. l.* 14. *de adm. tut. l.* 2. *et* 3. *de Mag. conv.* Wes. *par. de adm. tut. n.* 3. *et de Mag. conv. per tot.*

Non idoneè prosi sunt caveri). Siempre que se ha afianzado viciosamente, se considera como que no se hubiese afianzado, *l.* 6. *qui satisd. cog.* Y aqui advierten algunos que es lo mismo no hacer alguna cosa, que hacerla mal: con todo, hay en este caso la diferencia que cuando absolutamente no se ha afianzado puede desde luego ser reconvenido el magistrado; mas cuando se ha prestado fianza, aunque no idónea se han de excutir primero los bienes de los fiadores, antes de dirigirse contra el magistrado.

In hœredes). Los herederos de los magistrados no están obligados del mismo modo que estos; pues que ni el mismo heredero del tutor está tenido por la negligencia de este. Ciertamente que el magistrado es responsable de todo: pero su heredero tan solo lo es por el dolo y culpa lata del mismo, *l.* 4. *de Mag. conv. l.* 2. *C. eod.* Pues si tanta fué la negligencia del magistrado que, ú omitió enteramente el exigir fiador ó manifiestamente les admitió poco idóneos, quísose que en este caso se considerase el mismo magistrado en lugar de fiador, *l.* 6. *eod.*

TEXTO.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3. Quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut nisi caveant tutores et curatores pignoribus captis coërceantur.

TRADUCCION.

Si el tutor ó curador no quisiere afianzar.

En cuyas constituciones se previene que si los tutores y curadores no afianzan se les obligue á ello por medio de prendas.

COMENTARIO.

Pignoribus captis). Llámanse así las prendas, porque se retienen hasta que se hace alguna cosa, y parece que forman parte de la imposicion de multas. Si, empero, el tutor fuere contumaz deberá ser removido de la tutela como sospechoso, *l.* 5. *de susp. tut.*

TEXTO.

Qui dicta actione non tenentur.

4. Neque autem Præfectus urbi, neque Prætor, neque Præses provinciæ neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur: sed hi tantum modo, qui satisdationem exigere solent.

TRADUCCION.

Quienes no están obligados por dicha accion.

Sólo aquellos magistrados que acostumbran exigir fiadores están tenidos por esta accion: mas no el Prefecto de la ciudad, ni el Pretor, ni el Presidente de la Provincia, ni cualquier otro que tenga derecho de nombrar tutores.

NOTAS.

1. *Qui satisdationem exigere*). Esto es, en la ciudad el escribano, en las provincias los Duumviros, *l. ult. C. d. tit. l.* 3. *§. ult. D de vecul.*

COMENTARIO.

1 *Si los magistrados mayores pudieron exigir caucion.*

Cui tutores dandi jus est). Dícese así por excelencia, entendiéndose el derecho pleno y libre que tienen los Procónsules y demas encargados del mando en las provincias, *l.* 1. *de tut. et cur. dat. l.* 1. §. 1. *D. Mag. conv.*, pues que sino tambien los magistrados municipales tienen facultad de nombrar tutores, pero circunscritos y dependientes de la voluntad y mandato de los magistrados mayores, *l.* 3. *d. tit.* §. *sed hoc jure* 4. *sup. de Attil. tut.* Este lugar está cópiado de la *l.* 1. §. 1. *de Mag. conv.*

1. *Qui satisdationem exigere solent*). Como por ejemplo, los magistrados y defensores de las ciudades, οἱ στρατηγοὶ καὶ ἔκδικοι τῶν πολέων, Teófilo; y tambien el escribano del Presidente y del Pretor, *l. ult. Cod. eod.* Dice: *suelen exigir*. Pudo por ventura el mismo Pretor exigir caucion? no dudo que pudo, *l.* 2. *et* 3. *rem pup. salv.*, y tambien pudieron los Presidentes. Con todo, no hallamos en parte ninguna que se diese contra ellos la accion subsidiaria, sinó por el contrario generalmente no se da; tal vez á causa de la elevacion de su dignidad, ó porque parecia absurdo, que aquellos que podian nombrar tutores sin fiador fuesen responsables de haberlo exigido, movidos por su particular afecto hacia el pupilo, y habiendo de este modo mirado mas por su bien. No obstante, si se probrare que el magistrado procedió con dolo malo al exigir caucion; es decir, que á sabiendas admitió un fiador menos idóneo, tambien entonces estará obligado, segun dicen Tuld. *ad. d. tit. Cod. num.* 3. Perez, *ibid. num.* 4. Christin. *vol.* 3. *decis.* 181. *num.* 4. *et* 7.

TÍTULO VIGÉSIMO QUINTO.

De las excusas de los tutores y curadores.

Conc. con el lib. 27. tit. 1. del Dig. y con el lib. 5. tit. 62. del Cod. (a).

Razon del método y algunos preliminares.

Al tratar de los modos de acabarse la tutela dejó para este último lugar Justiniano el tratar de las excusas y tutores sospechosos, §. *ult. sup. quib. mod. tut. fin.* En este título se habla de las excusas: en el siguiente y último de los tutores sospechosos; entrambas cosas son comunes igualmente á la tutela y curaduria. Excusarse no es otra cosa que alegar una justa causa ante un magistrado para librarse de la tutela deferida ó empezada. Digo *deferida ó empezada* (b); pues las excusas pueden oponerse antes y despues de haber empezado la administracion de la tutela como se verá en lo sucesivo. Digo, *justa causa*, porque á no ser que la excusa se funde en una causa justa y señalada para este objeto no debe dársele oidos; pues la tutela es un cargo público de tal naturaleza que á no ser una justa causa no puede removerse al tutor nombrado, ni destituirse el que ya se ha encargado de la administracion, *l.* 5. §. 1. *et* 4. *l.* 6. *de num. et hon.* 1., y á cada paso en el *tit. de vac. mun.* 1. *de adm. tut.* Várias son las causas de excusacion: ordinariamente en este título se numeran diez y ocho; pero en las Pandectas y el Codigo *hoc. tit.* muchas mas. De ellas las hay, unas ciertas y determinadas por las leyes, de modo que deben admitirse simplemente; tales son, el número de hijos, la administracion de las cosas del fisco, la ausencia por causa de la república; otras son arbitrarias, las cuales con conocimiento de causa pueden ser admitidas ó desechadas por el magistrado, como por ejemplo, la pobreza, una enfermedad ó la ignorancia.

« En España los parientes que son llamados « por la ley á la tutela legítima; pueden á su « arbitrio dejar de serlo, sin que tengan ne« cesidad de excusa ninguna, *L.* 2. *tit.* 16. *P.* « 6. *vers. La tercera.*

(a) Tit. 17. P. 6.
(b) L. 4. tit. 17. P. 6.

TEXTO.

De numero liberorum.

Excusantur autem tutores et curatores variis ex causis: plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel Italia quatuor, vel in provinciis quinque; á tutela vel cura potest excusari exemplo cæterorum munerum: nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati, naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt: defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

TRADUCCION.

Del número de hijos.

Por varias causas se excusan los tutores y curadores, y muchas veces por el número de hijos, ya estén en su potestad, ya sean emancipados; pues si uno tiene tres hijos vivos en Roma, cuatro en Italia, ó cinco en las provincias puede excusarse de la tutela ó curaduria, á ejemplo de los demas cargos; pues que la tutela y curaduria se ha querido que fuese un cargo público. Los hijos adoptivos, empero, no aprovechan, aunque los dados en adopcion aprovechan al padre natural: tambien sirven los nietos nacidos del hijo sucediendo en lugar de su padre; mas los nacidos de la hija no aprovechan. Solo sirven para excusar del cargo de la tutela ó curaduria los hijos vivos, no los difuntos. Pero se ha preguntado si los muertos en la guerra aprovechan, y consta que solo puede esto decirse de los muertos en accion de guerra, pues aquellos que murieron por causa de la República se entiende que viven perpétuamente en memoria de la fama.

NOTAS

Propter liberos). De la *l.* 2. §. 2. *et seq. D. h. t. l. C. qui num. lib.* Véase mas latamente en el comentario.

Publicum munus). *L.* 1. §. 4. *l. ult.* §. 1. *D. de mun. et hon. l.* 9. *de his qui sui vel alieni jur.* Llámase así á causa de la necesidad; pues que propiamente hablando no es un cargo

de la república, *l.* 6. §. 15 *D. h. t.*: véase el comentario.

Adoptivi liberi non prosunt). Antiguamente habian aprovechado, y P. Escipion reprende esta costumbre en Gell. 5. *cap.* 19.

Qui in acie amittuntur). *L.* 18. *h. t.* y asi debe entenderse lo que dice Mod. *in. l. ult. de vac. mun. in bello amissus;* Gell. 2. c. 15. *qui bello amisit.*; esto es, no por causa de la guerra, tal vez en un sitio, sino en una accion ó batalla. Salust. *In eo bello trecenti milites desiderati*. Véase el Com.

COMENTARIO.

Propter liberos). Procuraron los romanos fomentar de muchas maneras los matrimonios, porque juzgaban interesar al público que se llenase la ciudad de sucesion legítima; por cuya causa impusieron penas á los célibes, al paso que concedieron premios á los casados que tenian hijos estando esto dispuesto principalmente por la ley Julia *de maritandis ordinibus*, y por la ley Papia Popea, acerca de las cuales hablan Cuyac. *l.* 2. *h. t.* Lipsio *in comm. ad* 3. *annal. ad verba Taciti, de moderanda Papia Poppea.* Una de estas recompensas fué la inmunidad de los cargos civiles, *l.* 1. *pr. l.* 12. *de vac. mun.* y por consiguiente tambien de la tutela y curaduría, *l.* 2. §. 2. *h. t. l.* 1. *Cod. qui num. lib.*

ive emancipati). *L.* 2. §. 2. *h. t. l.* 2. §. *incolumes* 3. *de vac. mun*: Esto se dispone así, porque esta inmunidad no se concede por la carga doméstica de la educacion de los hijos, como vulgarmente piensan algunos; sino por premio y remuneracion del número de hijos. Sobre el derecho de tres hijos, véase á Duar. *l. disp.* 40. VINN. Y mucho mas latamente trata aun sobre él M. Vertran. Mauro, *de jure liberorum*. HEIN.

Tres liberos Romæ, in Italia quator, etc.) *L.* 1. *C. quin. lib. se exc.* Segun esto se ve que aun quedaron algunas diferencias de lugar entre los latinos, las provincias y los demas ciudadanos que habitaban en Roma, aun despues de la constitucion de Antonino, *in l. in orbe* 17. *de stat. hom.* á pesar de que por esta todos adquieren el derecho de ciudadanos romanos; lo que tambien puede observarse en otras partes, §. *per traditionem* 40. *inf. de rer. div. et inf. usuc. in pr. et in pr. quib. al. lic.* Lo que se dice aquí de Roma, Teófilo lo extiende á la nueva Roma ó sea Constantinopla, y á la Tracia. VINN. Malamente Vinnio refiere este premio de los padres á los restos del extinguido derecho á la ciudad de Roma, del Lacio y de las provincias; pues aquí no se miran los diversos estados de los hombres, sino el lugar en que cada uno habita. De ahí, el que el ciudadano residente en las provincias se excusaba teniendo cinco hijos, y el provincial residente en Roma con tres; de modo que un mismo privilegio se diferencia, segun el diverso lugar de residencia, *l.* 2. *C. Theod. de integr. restit.* Asi es, que el principio de las Instituciones, *quib. al. lic.* no puede referirse aquí pues una cosa es la Italia y otra el suelo itálico: aquella tiene por límites los Alpes y entrambos mares: este se entendia existir en cualquier parte donde habia colonias que gozaban del derecho itálico: véase á Schulting. *Jurispr. Ant. p.* 619. HEIN.

Exemplo cæterorum munerum). A saber, de los cargos personales; pues que de los patrimoniales que propiamente son cargo de las cosas y posesiones no excusa el número de hijos, *l.* 2. §. 4. *l.* 10. *et seq. de vac. mun.*, ni tampoco de los honores ni obligaciones á ellos inherentes, *d. l.* 2. §. 1., á no ser que fuere mayor el número de hijos, esto es, que fuesen diez y seis, *l.* 5. §. 2. *de jur. immun.* ó bien doce *l. si quis* 24. *C. de decur.* aunque en dicha ley cree Cuyacio que en vez de doce debe ponerse diez y seis.

Publicum munus). Propiamente hablando la tutela no es un cargo público; pues que ni el tutor administra una cosa pública, sino una particular del pupilo; ni interesa peculiarmente á la república el nombrar tutores á los pupilos, *l.* 2. §. *pen. in fin. ad municip.*; sino tan solo por consecuencia ó impropiamente hablando, por cuanto es del cuidado público proteger y defender á los huérfanos y pupilos, *l.* 2. §. 2. *qui pet. tut.* Con esto fácilmente se entiende porque Modestino niega que la tutela sea un cargo de la república, *l.* 6. §. *tutela* 15. *h. t.* Pero no hay duda que podemos llamar á la tutela un cargo público, porque puede públicamente imponerse á cualquiera del pueblo, de la misma manera que los demas cargos.

Adoptivi liberi non prosunt). Así generalmente está dispuesto en *d. l.* 2. §. 2. *de vac. mun.*, y la razon de esto es, porque este beneficio se ha concedido á los padres que aumentaron el número de los ciudadanos romanos. Tácito, 15. *annal. cap.* 19. hace mencion de un Senado-consulto dado en tiempo de Neron, en el que se disponia *que los hijos adoptivos no aprovechasen por los premios de sus padres*.

In adoptionem dati prosunt). De donde se deduce evidentemente lo que ya poco antes dijimos, que esta inmunidad mas bien era un beneficio concedido al número de hijos, qu-

no un ausilo ó alivio de la carga doméstica.

Nepotes ex filio). Nacidos, se entiende, del hijo premuerto, *l.* 2. §. *non solum* 7. *h. t.*, pues los nacidos de un hijo emancipado no aprovechan al abuelo; porque ya le aprovecha aquel, y los nietos á su padre. Si hubiere muchos nietos de un mismo hijo no se considera cada uno de por sí, sino todos juntos formando una sola persona, y representando unidos la de su padre, *d. loc.*, lo que tambien se observa en los demas cargos, *l.* 3. *C. de his qui num. lib.* 10.

Ex filia non prosunt). No porque no estén en la patria potestad del abuelo materno, pues que tampoco los emancipados ni los dados en adopcion están en la de sus padres, y sin embargo es sabido que le aprovechan; sino porque no deben al mismo tiempo aprovechar á dos, y aprovechan ya á su padre ó abuelo materno, *l.* 2. *C. qui n. lib.*

Superstites). *L.* 2. §. 4. *h. t. l.* 2. §. *incolumes* 5. *de vac. mun.* Pues que solo estos son útiles á la república y gravosos á sus padres; los fallecidos no aprovechan excepto los muertos en la guerra, *d. tit.* Ulpiano, *l. bello.* 18. *h. t.*, y Justiniano aquí entienden esto de aquellos que murieron en accion de guerra ó en una batalla, pues que estos se consideran haber muerto por causa de la república y vivir perpétuamente en memoria de la fama. Por lo que, siendo por costumbre preferido en el derecho de primogenitura el segundogénito al hijo del primogénito premuerto; se ha respondido que esto no tiene lugar si el primogénito hubiese muerto en accion de guerra, Ayala, *lib.* 3. *de jur. bell. c.* 7. *n.* 21. Mas no pueden referirse aquí los que por causa de la guerra murieron en un sitio, en sus cuarteles ó campamentos, *d. l. bello* 18. De aquellos que mueren por la patria trata M. Tulio. *pro Planc. c.* 37. y Philip. 9. *cap.* 2. Liv. *lib.* 25. *cap.* 38. Diod. Sic. *lib* 15.

«En España se excusa de la tutela aquel «que tiene cinco hijos vivos, ó alguno de «ellos muerto en la guerra, *l.* 2. *tit.* 17. *P.* «6. Por la *l.* 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Rec.* «se exime de las cargas públicas, y por lo «tanto tambien de la tutela á los recien ca«sados durante los cuatro primeros años de «matrimonio.»

TEXTO.

De administratione rei fiscalis.

1. Item Divus Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, à tutela et cura, quamdiu administrat, excusari posse.

TRADUCCION.

De la administracion de las cosas del fisco.

Tambien Divo Marco dispuso en los semestres que pudiese excusarse de la tutela ó curaduría aquel que administra las cosas del fisco, durante su administracion (a)

COMENTARIO.

In Semestribus). Frecuente mencion se hace en nuestros libros de los semestres de Divo Marco. Suetonio *in Aug. c.* 35. dice que Augusto estableció algunas juntas quincenales de senadores, en las que se trataban con anticipacion los negocios que debian llevarse al Senado. Dion. *lib.* 53. escribe que para este objeto habia elegido por medio de la suerte de entre todos los senadores quince, cuyo ejemplo parece siguió Marco: véase á Pet. Fab. *in præfat. semestr.*

Res fisci). O tambien el patrimonio del Príncipe, *l. administrantes* 41. *hoc. t.* Aquí se refieren los perceptores de contribuciones, *l. exactores* 10. *C. eod.* los colonos patrimoniales, *l. ult. C. qui dar. tut.*, y todos aquellos á quienes el príncipe encomienda el cuidado de alguna cosa, *l. geometræ* 22. §. *l. jurisperitos* 30. *eod.*

TEXTO.

De absentia reipublicæ causa.

2. Item qui Reipublicæ causa absunt, á tutela, vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde Reipub. causa absunt; et interea curator loco eorum datur, qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ; nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

TRADUCCION

De la ausencia por causa de la república.

Tambien se excusan de la tutela ó curaduría aquellos que se ausentan por causa de la república. Si, empero, empezaren á ausentarse por este objeto despues de ser nombrados tutores ó curadores, solo se excusan de la tutela ó curaduría mientras dura su ausencia; é interinamente se nombra en su lugar un curador; mas si regresaren vuelven á tomar el cargo de la tutela; pues que no tienen el año de vacacion como escribe Papiniano en el libro quinto de las respuestas; porque solo tienen este espacio respecto de las nuevas tutelas á que son llamados (b)

(a) L. 2. tit. 17. P. 6

(b) L. 2. tit. 17. P. 6.

NOTAS.

2. *Reip. causa absunt*). *L.* 1. *C. si tut. reip. caus. l.* 41. *D. h. t.* sobre quienes se digan estar ausentes por causa de la República véase en la *l.* 32. *l.* 35. *l.* 38. *D. ex quib. caus. maj.*: véase mas latamente en el comentario.

Ad novas tutelas vocati). Aquellos que estando ausentes por causa de la república fueren llamados al desempeño de nuevas tutelas, tienen despues de su regreso un año de vacacion; pero deben tomar en seguida la administracion de la tutela que ya antes habian recibido, *l.* 10. *pr. et* §. 2. *l.* 45. *D. h. tit. l.* 2. *C. si tut. reip. caus.*

COMENTARIO

Reipub. causa absunt). *D. l. administrantes* 41. §. 2. *h. tit.* Dícense estar ausentes por causa de la república aquellos que salen de la ciudad á causa de algun cargo público, ó empleo que desempeñan como puede verse en Modestino, Paulo y Ulpiano. *l. abesse* 32. *l. qui mittuntur* 35. *l. si cui* 38 *ex quib. ca. maj.* Dos cosas peculiares debemos observar en esto; pues así como los demas que solo se excusan por el empleo ó magistratura que desempeñan no pueden deponer la tutela recibida, §. *seq.* y están obligados, luego de concluido su cargo, á tomar aquella tutela de la que se habian excusado, *arg.* §. *prec. l. geometræ* 22. §. 1, *et d. l. administrantes* 41. *hoc. tit.*, todo lo contrario sucede en los que están ausentes por causa de la república, pues que se excusan de la tutela recibida, mientras dura su ausencia, y si en el entretanto fueren llamados á una nueva tutela tienen despues de su regreso un año de vacacion, *hoc text. l.* 10. *eod.* (a). En donde Modestino dice: οἱ χρείας δημοσίας δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα ἀποδημήσαντες ἕνι αὐτοῦ ἔχουσιν ἀνάπαυσιν κατὰ τὸ ἐπανελθεῖν, es decir: Los que estan ausentes por causa de la utilidad pública del pueblo romano tienen vacacion hasta su regreso. Luego de ahi podemos deducir que los ausentes por causa de un municipio no tuvieron esta vacacion de un año, contra lo que opina Wesembecio.

TEXTO.

De potestate.

3. Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut Divus Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deferre non possunt.

(a) L. 2. tit. 17 P. 6.

TRADUCCION.

De la potestad.

Aquellos que tienen alguna potestad pueden excusarse como dispuso Divo Marco, pero no pueden deponer la tutela recibida (b).

COMENTARIO.

La palabra *potestad* se toma á veces entre nosotros en un sentido tan lato que se entiende tambien de aquellos, que no siendo magistrados tienen con todo cierto conocimiento ó jurisdiccion, como se ve en el edicto *Quod quisque juris* etc. *l.* 1. §. 1., y tambien en la *l.* 3. §. *ult. de rec. arb. l.* 3. *in fin. ad leg. Jul. magest.* Muchas veces con todo, esta palabra significa la autoridad pública ó facultad de mandar y reprimir propia de los magistrados y comun á todos ellos de manera que lo mismo sea potestad del magistrado que imperio. Y esto es lo que Paulo escribe, *l. potestatis* 215. *de verb. sign.* que con la palabra *potestad* se significa tambien en la persona de los magistrados el imperio, y así en este sentido es verdadero que tambien los magistrados menores tuvieron imperio y potestad. Alguna vez, con todo, por excelencia se dice que solo los magistrados mayores tienen imperio y potestad; mas que los menores no lo tienen, *l. nec. magistratibus* 32. *de injur. l.* 2. *de in jus. voc.* Y en este sentido es como debe tomarse aquí la palabra potestad como se manifiesta en que la Edilidad no excusa de la tutela, *l. non tantum* 17. §. *is qui* 4. *hoc. tit.* Con todo, los magistrados de las ciudades pudieron excusarse de la tutela, segun abiertamente manifiesta Modestino, *l.* 6. §. *remittuntur* 16. *eod.* Cujac. *ad l.* 4. *in fin. eod.* Ant. Fab. *l. jurisp. h. t. pr. hoc. tit. pr.* 1. *ill.* 3. VINN. Aunque Modestino diga que los magistrados municipales pueden excusarse de la tutela, *l.* 6. §. 16. *ff. de excus.* parece, con todo, que obsta á esto la *l.* 3. *ff. qui pet. tut.* y *l.* 23. *pr. de excus.* en las que vemos que esto mismo se niega; á no ser que Modestino entienda por τοὺς στρατηγούς los Duumviros, y Paulo y Ulpiano los otros magistrados municipales menores que estos. Ciertamente, en Roma cuyas costumbres seguian los municipios se hacia distincion entre los magistrados mayores y los menores siempre que se trataba de este privilegio, *l.* 17. §. 4. *ff. h. t.* HEIN.

Susceptam deserere non possunt). A los ma-

(b) L. 2. tit. 17. P. 6.

gistrados que antes tomaron la administracion no se les concede la exencion de la tutela, *d. l. non tantum* 17. §. *sane* 5., *en lo* que se diferencian de los que se ven precisados á ausentarse por causa de la república, como poco antes hemos dicho.

TEXTO.

De lite cum pupillo vel adulto.

4. Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor vel curator habet, excusari non potest nisi forte de omnibus bonis, vel hæreditate controversia sit

TRADUCCION.

Del pleito con el pupilo ó adulto.

No puede el tutor ó curador excusarse por el pleito que tenga con el pupilo ó adulto, á no ser que se disputase sobre todos los bienes ó sobre la herencia (a)

NOTAS

4. *Nisi forte de omnibus bonis*). O de la mayor parte de ellos, *l.* 20. *l.* 21. *eod.*, en cuyo caso ha parecido útil al pupilo remover de la tutela al que no quiere excusarse, *d. l.* 20.: véase el comentario.

COMENTARIO.

No es justa causa de excusa el tener el tutor algun pleito con el pupilo, sino que en este caso, como el tutor no puede interponer su autoridad en cosa propia, se da interinamente un curador al pupilo para este objeto, cuyo curador concluido el pleito, deja de serlo, §. *ult. de auct. tut.* Mas si el pleito versare sobre la totalidad de los bienes, ó la mayor parte de ellos, ó sobre la herencia, es justo admitir la excusa del tutor, *l. si pupillum* 20. *et l. seq. hoc. tit.*, y aun se ha considerado útil al pupilo remover de la tutela al que en un caso semejante no quiera excusarse, *d. l. si pupillum.* Con todo, no en cualquier disputa de herencia simplemente y sin conocimiento de causa fué admitida la excusa del tutor, *arg. l. si ut allegas* 16. *C. eod.* (b). Actualmente todas estas cuestiones son inútiles, pues la novela de Justiniano 72. *cap.* 4. probibe nombrar tutor al acreedor ó deudor del pupilo, sobre lo que se habla en dicho §. *ult. de auct. tut.*

(a) L. 2. tit. 17. P. 6.
(b) L. 2. tit. 17. P. 6.

TEXTO.

De tribus tutelæ et curæ oneribus.

5. Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ præstant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorum bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.

TRADUCCION.

De la carga de tres tutelas ó curadurías.

Tambien excusa la carga de tres tutelas ó curadurías no afectadas, mientras dura la administracion; de modo, con todo, que la tutela de muchos pupilos ó la curaduría de unos mismos bienes, por ejemplo de hermanos, se reputa por una sola (c)

COMENTARIO.

A nadie se ha de sobrecargar tanto con negocios agenos que se le precise á descuidar los suyos propios: y á los mismos pupilos interesa el no gravar al tutor con un sinnúmero de negocios; por lo que se dispuso que el número de tres tutelas ó de tres curadurías, ó tres tutelas y curadurías promiscuamente, sirviesen de excusa para una cuarta tutela ó curaduría, *l.* 2. §. *ult. et l. seq. hoc. tit. l. un C. qui num. tut.*, pues pareció que era bastante hubiese tres cargas semejantes en una sola casa; esto es, que una familia sostuviese tres tutelas ó curadurías. Así que, el número de tutelas que administra el padre aprovecha al hijo, y viceversa las que administra el hijo al padre, y las que el hermano al hermano que está en la potestad del mismo padre, *l.* 4. §. *ult. eod.* con tal que las tutelas que los hijos administran tengan obligado tambien al padre, *l.* 5. *eod.*

Non affectatæ). Las tutelas afectadas no se cuentan como á tutelas, *l. spadonem* 15. §. *est autem.* 15. *eod. d. l. un C. qui num. tut.* por lo que, si uno apeteciendo un lucro se ofrece espontaneamente á la tutela, ó toma sobre sí una de muy sencilla para completar el número de tres no se excusará de la cuarta; pues así interpreto las palabras de Modestino *d.* §. *est autem*, ὁ μετρίου γενόμενος ἐπίτροπος, es decir el que es nombrado tutor de un pobre, de modo que μετρίου ὀρφανοῦ ἢ οὐσίας no quiere decir un tutor pobre como lo traduce Holeandro, sino el tutor de un pupilo pobre, cuya interpretacion favorece lo que dice Teófilo, pues Curcio interpreta malamente las palabras de este ἐπιτρόπην εὐτελῆ, diciendo que significan una tutela opulenta cuando debió traducirlas por una

(c) L 2. tit. 17. P. 6.

tutela muy sencilla; lo que es de admirar no hubiese notado Gotofredo.

Quamdiu administrantur). Tiénese esto tan en consideracion, que no se permite excusarse si la edad de los primeros pupilos es próxima ya á la pubertad, ó lo fuere la de aquellos á cuya tutela es de nuevo llamado el tutor, *l. non tantum* 17. *hoc. tit.* De ahi es tambien el que no se cuente en el número de las tutelas si uno fuere fiador del tutor, ó si el magistrado municipal le nombrase tutor, aunque la responsabilidad recaiga sobre él y pueda subsidiariamente ser reconvenido el magistrado. Tampoco el tutor honorario puede contar como una tutela el peligro que corre *l. spadonem* 15. §. *si civitatis* 9. *eod.*, á pesar de que le pertenezca cierta parte de la administracion, pues está tenido á observar cuidadosamente los actos del que administra, y á acusarle de sospechoso si malversare los bienes del pupilo, *l.* 3. §. 2. *de adm. tut.* Con todo, el tutor que cesa en la administracion de la tutela puede contar á esta á causa de su responsabilidad en el númaro de las tres, *l. si is qui* 31. *in fin. pr. hoc tit. l. si quis* 60. *de rit. nupt.*, pues aquel que cesa está obligado principalmente en nombre propio como si hubiese administrado.

Pro una computetur). El cargo de las tres tutelas no se computa por el número de pupilos ó adultos, sino por la diversidad de patrimonios y dificultad de arreglar y dar las cuentas; de modo que si fueren tres hermanos consortes, esto es, que tienen el patrimonio indiviso se cuenta por una tutela; si tres disortes, esto es, que lo tienen dividido se contará como tres tutelas, *l.* 3. *d. l. si his qui* 31. §. *ult. h. t.* Lo mismo sucede en los otros, ya cognados, ya extraños; consortes ó disortes. *d.* §. *ult.* Por el contrario, alguna vez la tutela de un solo pupilo por una razon igual debe bastar para excusa, si por ejemplo, fuere tan difusa, trabajosa y molesta que haga las veces de muchas, *d.* §. *ult.*, perteneciendo la indagacion de esto al pretor tutelar, como se ve en el mismo lugar, y advierten aquí Bacovio y Cuyacio, *l.* 2. *eod.*

TEXTO.

De paupertate.

6. Sed et propter paupertatem excusationem tribui, tam divi Fratres, quàm per se Divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

TRADUCCION.

De la pobreza.

Asi los divi Fratres como el Emperador Marco por si solo, dispusieron se concediera excusa por causa de pobreza á todo aquel que manifestare no poder desempeñar el cargo que se le ha impuesto (a).

COMENTARIO.

Está copiado este lugar de la *l.* 7. *et post susceptum* 40. §. 1. *hoc. tit.* Esta causa es del número de aquellas cuya admision ó repudiacion depende de los magistrados que deben conocer sobre esto; pues aquel que hiciere uso de esta excusa debe demostrar que no puede sostener la carga que se le ha impuesto, esto es, que está tan destituido de fortuna y de toda clase de recursos, que apenas puede ganar lo necesario para la vida lo que deberá apreciarlo el juez. Min. Schneid. Wesem. *hic.*

TEXTO.

De adversa valetudine.

7. Item propter adversam valetudinem, propter quam ne suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.

TRADUCCION.

De la enfermedad.

Tambien puede excusarse aquel que padece una enfermedad tal, que no le permite administrar sus negocios propios (b).

COMENTARIO.

Tambien esta causa es del género de aquellas que requieren el conocimiento del magistrado, pues no excusa cualquier enfermedad, sino tan solo aquella que impide el que uno pueda administrar sus cosas propias, *l.* 10. *in fin. l. ven.* §. *ult. hoc. tit. l. un C. qui morb.*

TEXTO

De imperitia litterarum.

8. Similiter eos, qui litteras nesciunt, esse excusandos, Divus Pius rescripsit: quamvis et imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

(a) L. 2. tit. 17. P. 6.
(b) L. 2. tit. 17. P. 6.



TRADUCCION.

De la impericia de las letras.

Del mismo modo dispuso Divo Pio que debiese excusarse aquel que no sabe leer ni escribir aunque por otra parte los destituidos de esta instruccion sean aptos para la administracion de estos negocios.

COMENTARIO.

Es sabido que muchas veces las letras se toman por las humanidades ó literatura; mas propiamente hablando se entienden por ellas los primeros elementos, *l.* 11. §. 3. *de instit. act. l.* 6. §. *ult. de bon. poss. l.* 1. §. *sed cæterarum.* 7. *de var. et ext. cogn.* Cic. *pro Sylla c.* 16. dice; *Litteræ posteritatis causa repertæ sunt.* De ahí es, que se dicen ignorar las letras aquellos que están destituidos de los primeros elementos; esto es, que no aprendieron á leer ni escribir, *l.* 3. §. 2. *de accus. l. hac. consultissima* 21. *l. nostram* 30. *C. de testam.*; por el contrario se dicen saber las letras aquellos que saben escribir, *l. pater* 93. §. 1. *de acq. hær. l. discretis* 10. *C. qui test. fac.* Suet. *in Claud. cap.* 40.; y esto nos lo manifiesta tambien el uso de otros autores, como lo demuestra con muchos ejemplos Duar. *l. disput.* 3.; y tambien aquel apotegma de Neron: *velim nescire litteras*, sobre el cual Séneca, 2. *Clemen. c.* 1. Semejante modo de hablar estuvo tambien en uso entre los griegos como lo prueba aquel antiguo proverbio que emplea Platon 3. *de legibus*, μήτε νεῖν μήτε γράμματα εἰδέναι, es decir, no acostumbran leer ni escribir: ni tengo duda ninguna en que Justiniano aquí, y Paulo en la *l.* 6. §. *ult. eod.* emplean en el mismo sentido este modo de hablar, de suerte que para ellos la ignorancia de las letras es lo mismo que no saber leer ni escribir, y para Justiniano imperito ó ignorante de las letras es lo mismo que ἀγράμματοι; ignorantes, y para Modestino en *d.* §. lo mismo que ἀναλφάβητοι, ignorantes, no letrados: pues decir que no se está instruido en el estudio de las bellas letras, y alegar aquí la ignorancia es mas que ridículo.

Quamvis et imperiti litterarum). Aunque los ignorantes de las letras no estén destituidos de todo conocimiento de la administracion de los negocios; con todo, deben ser excusados de la tutela. A esto parece que contradice Paulo en *d. l.* 6. §. *ult.* en la que dice que si los ignorantes no estuvieren del todo destituidos de dicho conocimiento no deben ser excusados de la tutela. Hay algunos que quieren que aquí la partícula *quamvis* lo sea de excepcion contra el perpétuo y cierto sentido de la lengua latina; otros creen que *ignorar las letras* para Paulo es no haber aprendido la literatura, ni estar versado en las bellas letras, como si los que no estuviesen versados en ellas debiesen considerarse menos aptos para la administracion de la tutela. En cuanto á mí, soy de parecer que tambien esta excusa pertenece á la clase de aquellas que ya son admitidas, ya desechadas por la voluntad del magistrado. Así que, lo que Justiniano dice que los ignorantes de las letras deben ser excusados no debe entenderse segun mi modo de ver, como que simplemente y en todas ocasiones deban excusarse, sino tan solo con conocimiento de causa; si por ejemplo, la tutela fuere demasiado difusa y trabajosa, de modo que no pueda cómodamente administrarse por la dificultad de arreglar las cuentas por uno que no sabe leer ni escribir; aunque este por otra parte sea idóneo para la administracion de otras cosas, pues no conviene exigirle que lo encomiende todo á la memoria, ni es bastante seguro el que se valga de ausilio ageno para escribir sus notas y cuentas diarias. Pero si la tutela no fuere de un grande patrimonio, ó por otra parte fuere bastante expedita, de modo que para su administracion sea hábil cualquiera de ingenio no torpe y algo versado en los negocios, no hay razon ninguna para que uno que no sabe leer ni escribir deba excusarse de ella, y asi debe entenderse lo que Paulo dice en *d. l.* 6. §. *ult.*

TEXTO.

De inimicitia patris.

9. Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit; hoc ipsum præstat ei excusationem; sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.

TRADUCCION

De la enemistad del padre.

Si el padre nombrare á alguno tutor en testamento por causa de enemistad, por esto mismo puede excusarse; y por el contrario no pueden hacerlo aquellos que habian prometido al padre de los pupilos que administrarian la tutela.

COMENTARIO.

Propter inimicitias). Esto es, con el objeto de causar molestia al enemigo, ἵνα ὑπατελλοῖ ἐνοχῇ καὶ πράγμασι: para enredarle con pleitos y negocios, *d. l.* 6. §. δίδωσίν 17.; pues si el testador nombrare tutor con buena intencion

al mismo que antes fué enemigo suyo y con quien estuvo enojado, con este mismo hecho parece haberse reconciliado con él: hablaré sobre esto mas latamente abajo en el §. 11.

Non excusantur). Aquel que prometió al padre de los pupilos que seria su tutor no puede excusarse de modo ninguno, aunque tuviese alguna justa excusa; pues parece haber renunciado á ella aquel que de tal modo obligó su fé, *l. spadonem* 15. §. 1. *h. t. l. ex sententia* 29. *de test. tut.* VINN. Hay algunos que de ahí hacen derivar una nueva especie de tutores convencionales, pero malamente; pues semejante tutor es en realidad testamentario, aunque la promesa que él hizo al padre haya dado ocasion á este para nombrarle tutor, y así es como debe entenderse la ley 29. *fin. ff. de test. tut.*

TEXTO.

De ignorantia testatoris.

10. Non esse autem admittendam excusationem ejus qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, Divi fratres rescripserunt.

TRADUCCION.

De la ignorancia del testador.

No debe con todo, admitirse la excusa de aquel que solo alega el ser desconocido del padre de los pupilos, como dispusieron los Divi fratres.

COMENTARIO.

Ignotus patri). *D. l. spadonem* 15. §. *qui dixerit* 14. Exceptuan los doctores aquí el caso en que uno alega el no tener el domicilio en donde es llamado á la tutela, *l. ult.* §. *ult. eod.* pero esta excusa es comun á todos.

Divi fratres). Esto es, M. Antonio el filósofo y Elio Vero, hijo de T. Antonino Pio, nieto de Adriano, quienes fueron los primeros que tomaron el nombre de Augustos, y así se les intitula en los Fastos consulares, segun Sparciano. *in Ælio Vero c.* 1. Son tambien llamados los hermanos Emperadores, *l. fratres* 33. *de pœn. l. si adulterium* 38. §. *fratres* 4. *ad leg. Jul. de adult.* Ant. Agustin. *lib. sign. de excus. ad* §. *ἐπὶ ἀπολυθῆναι* 18. *l.* 6. *h. tit. et* Cujac. *ibid.* De paso añadiré que los emperadores son llamados por los jurisconsultos *Divos*, porque despues de su muerte eran colocados entre los Dioses por la solemnidad de la apoteosis, que describe Herodian. *lib.* 3., y despues se les edificaban templos, se les creaban sacerdotes, y se les celebraban juegos; acostumbrándose á tributarles todos los honores divinos, como sabemos por lo que dicen Tácito, Tranquilo, Sparciano, Capitolino y otros autores.

TEXTO.

De inimicitiis cum patre pupilli vel adulti.

11. Inimicitiæ, quas, quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenerit, á tutela vel cura solent excusare.

TRADUCCION.

De la enemistad con el padre del pupilo ó del adulto.

Si uno tuvo enemistad capital con el padre del pupilo ó adulto, y no intervino reconciliacion, suele por esta causa excusarse de la tutela ó curaduria (a).

NOTAS.

11. *Cum patre pupillorum*). *D. l.* 6. §. 17. Paul. 2. *sent.* 27. Otro tanto sucede si la enemistad fuere con los mismos pupilos ó adultos, *l.* 3. §. 12. *D. de susp. tut.* en la que Ulpiano dice que tambien por esta causa es removido el tutor.

COMENTARIO.

1. *Si es decoroso á un cristiano alegar la enemistad para excusarse de la tutela*

1. Tratemos ahora algo mas extensamente de la enemistad. Dícese en este párrafo que la enemistad capital que uno tuvo con el padre de los pupilos, sino hubiese intervenido reconciliacion, suele excusar de la tutela. Por enemistad capital entiendo una enemistad gravísima que se dirige contra la vida, la libertad ó la reputacion, *arg. l. licet. capitales* 103. *de verb. sign.* (b). Hay algunos que piensan que semejante excusa no debe alegarla un cristiano, y que no parece bien que el tutor diga que no se le debe obligar á hacer bien á un hombre enemigo suyo, y que se ha portado mal con él, ó á sus hijos, cuya opinion si tal vez está bien á los gentiles ó á aquellos antiguos de los que hace mencion Jesucristo. Matth. *c.* 5., que entendian así la ley de Dios: *amarás á tu prójimo y aborrecerás á tu enemigo*, de ningun modo conviene á hombres cristianos y piadosos. Y ciertamente es así, á no ser que se de una razon porque debe excusar la enemistad, tal como aquí ocurre; á saber, el que sea permitido con semejante alegacion

(a) L. 2. tit. 17. P. 6.
(b) D. l. 2.

evitar las siniestras sospechas y prevenir la remocion. Dice *con el padre de los pupilos*, y lo mismo sucederá si la enemistad fuere con los mismos pupilos ó adultos, *l.* 5. §. *si tutor*. 12. *de susp. tut*. Añade, *si no hubiere intervenido reconciliacion*. Esta puede tener lugar, ó abiertamente, como si despues de suscitada la enemistad volvieren á ponerse de acuerdo; ó tácitamente si el padre con posterioridad nombrare tutor en testamento á aquel contra quien estaba justamente enojado; pues haciéndose esto con buena intencion, no con objeto de enredarle en pleitos, parece con este mismo hecho perdonarle la injuria, *l.* 6. §. *dat. remisionem* 17. *h. t.* (a). Pero si el mismo padre fué el que dió márgen á la enemistad por haber, por ejemplo, acusado de algun crimen capital ó injuriado gravemente al que nombró tutor, es necesario, para no dar lugar á la excusa que haya intervenido una reconciliacion manifiesta, *arg.* §. *seq.*; pues solo puede perdonar la injuria aquel que la recibió. Dice finalmente *suelen excusarse*; y con razon, pues si semejante tutor y curador no se excusan voluntariamente, son removidos á pesar suyo, *d. l.* 5. §. *si tutor*. 12. *de susp. tut.*

TEXTO

De status controversia á patre pupilli illata.

12. Item is, qui status controversiam á pupillorum patre passus est, excusatur á tutela.

TRADUCCION.

De la controversia del estado movida por el padre del pupilo.

Tambien aquel sobre cuyo estado le ha movido controversia el padre del pupilo se excusa de la tutela (b).

COMENTARIO.

Si el padre del pupilo hubiese movido controversia al tutor sobre su estado; esto es, si hubiere intentado reducirle á esclavitud, lo que se considera en algunos casos igual á si le hubiese acusado de algun crimen que mereciese pena capital, *l.* 14. *de bon. libert.*, semejante tutor podrá excusarse enteramente, aunque el padre le hubiese nombrado con posterioridad en su testamento como ya dijimos. Tambien se excusa de la tutela aquel que mueve una controversia semejante al pupilo sériamente y de buena fé, no con el objeto de excusarse de la tutela y para calumniar, lo que se propone segun el rescripto de Marco y de Vero (así debe leerse segun lo demuestra el texto griego) en la *l.* 6. §. *amplius* 18. *h. t.* Vinn. No debe limitarse este párrafo al estado de libertad, pues que si uno hubiese negado en juicio á otro la cualidad de ciudadano, ó de hijo de familias no podrá cargar á este con la tutela de sus hijos. Hein.

TEXTO.

De ætate.

13. Item major septuaginta annis á tutela et curá se potest excusare. Minores autem vigintiquinque annis olim quidem excusabantur: nostrá autem constitutione prohibentur ad tutelam, vel curam adspirare: adeo ut nec excusatione opus sit. Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur nec adultus: quum sit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur aliorum tutelam vel curam subire.

TRADUCCION.

De la edad.

Tambien el mayor de setenta años puede excusarse de la tutela y curaduría, y antiguamente tambien se excusaban los menores de veinte y cinco años; mas por nuestra constitucion se les prohibe aspirar á la tutela ó curaduría, de modo que no se requiere en este caso la excusa (a). *Dispónese en dicha constitucion que no sean llamados á la tutela legítima, ni el pupilo, ni el adulto; pues es indecoroso que administren la tutela ó curaduría de otro aquellos que es sabido necesitan de ajeno auxilio para administrar sus cosas, y son gobernados por otros.*

COMENTARIO.

1. *Refiérense dos errores de Triboniano en la esplicacion del derecho antiguo.*

Los antiguos reverenciaban á los ancianos lo mismo que á los magistrados, *l.* 5. *de jur. inmun.*, cuya reverencia consistia en levantarse á su presencia, en cederles el lugar, y en acompañarles al salir de casa y al volver á ella. Juvenal *satir.* 13. *v.* 54.

Credebant hoc grande nefas et morte piandum.

Si juvenis vetulo non assurrexerat.

Valer. *l.* 2. *c.* 1. Cic. 1. *de off. c.* 34. Gell. *lib.* 2. *c.* 15. Tambien fué honrada la ancianidad excusándoles de los honores, y considerándoles exentos de las cargas personales. De los honores excusaba la edad de sesenta años en la ciudad. Séneca de *brev. vit. c.* 20.

(a) Arg. de la l. 22. tit. 9. P. 6.
(b) L. 2. tit. 17. P. 6. al fin. y l. 1. tit. 16. P. 6.

(a) L. 2. tit. 17. P. 6. al fin y l. 4. tit. 16. P. 6.

dice: *Lex à quinquagesimo anno militem non cogit; á sexagesimo senatorem non citat.* Con todo, el mismo autor, 2. *controv.* 65. exige sesenta y cinco años. Del cargo de Decurion se excusaban á los cincuenta y cinco, *l. non tantum* 11. *de decur.*; mas de las tutelas y demas cargos personales á los setenta años, *l.* 3. *de jur. immun. l.* 2. *h. t. l. un. C. qui ætat.* En la *l. ult. C. qui ætat. vel. profess. l.* 10. en vez de cincuenta y cinco debe leerse setenta, como lo demuestra el contexto, y advierte Cujacio. Con todo, esto solo tenia lugar si la costumbre ó la ley municipal no lo ordenaba de otro modo, *d. l. non tantùm* 11. *l.* 2. *de vac. mun.*

Major septuaginta annis). Tratándose de las inmunidades, el año empezado no se considera por completo; por lo que, para la exencion de la tutela no basta haber entrado, ó estar en los setenta años, sino que es necesario haberlos cumplido, *l.* 2. *h. tit. l.* 3. *de jur. immun.* (a).

Minores olim quidem excusabantur). Este lugar y constitucion de Justiniano en la *l. ult. C. de leg. tut.* indujo á error á muchos. Es sabido que puede nombrarse tutor en testamento al menor de veinte y cinco años; pero en este caso se considera como si hubiese sido nombrado bajo condicion ó desde cierto dia; á saber, desde el en que cumpliese los veinte y cinco años, de modo que interinamente, ni administra la tutela, ni se considera tutor para ningun efecto, §. 2. *sup. qui test. tut. l. quœro* 32. *in fin. de test. tut.*, sino que el magistrado nombra otro tutor ó curador, el que deja de serlo al existir la condicion, esto es, despues de la mayor edad del tutor nombrado en testamento, *l.* 10. §. *pen. h. t.* §. 1. *sup. de Atti. tut.* A los tutores legítimos nadie los nombra, sino que la ley les hace tales, *l.* 5. *de leg. tut.*, y del mismo modo que uno es próximo agnado, así tambien *ipso jure* es tutor por la ley, aunque no se le conceda la potestad de administrar hasta despues de la mayor edad, *l.* 16. §. 1. *de tut. l.* 4. *l.* 8. *de leg. tut.*; por lo que, si el agnado mas próximo del pupilo fuere menor de veinte y cinco años será por la ley tutor en virtud y por derecho de la agnacion y sucesion, mas como no tiene la facultad de administrar la tutela antes de la mayor edad, se nombrará para este objeto interinamente por el magistrado un curador, §. *ult. sup. de curat. de l.* 10. §. *pen.* Este lugar confirma tambien lo que dijimos de que era tutor *ipso jure*; pues de otra suerte no se nombraria interinamente otro tutor por el magistrado, sino que desde luego los siguientes grados de los agnados sucederian en la administracion de la tutela, *arg. l.* 3. §. *pen. de leg. tut.*: véase lo que dijimos en el párrafo *ult. sup. de cap. dem.* El magistrado no puede nombrar tutor bajo condicion, ni desde cierto dia, *l.* 6. §. 1. *de tut.* y por lo tanto tampoco á un menor de veinte y cinco años, pues que en el nombramiento de este va inherente el dia ó la condicion de *cuando sea mayor de edad*, §. 2. *sup. qui test. tut. l.* 10. §. *pen. et ult. de test. tut.* Por lo que, si el nombramiento es enteramente nulo, no se considerará para efecto ninguno tutor durante la menor edad, ni lo será tampoco despues de la mayor edad; y así debemos creer que Modestino tan solo habla de propósito sobre el tutor testamentario y legítimo en *d. l.* 10. §. *pen. de excus.* Véamos ahora que es lo que aquí establece de nuevo Justiniano. Dice que antiguamente se excusaba el menor de veinte y cinco años; pero que él por su constitucion dispuso que de ningun modo el menor de edad sea nombrado tutor ni llamado á la tutela legítima, *d. l. ult. C. de leg. tut.* Esta constitucion habla de los tutores legítimos y dativos, sin que coarte en nada la libre voluntad del padre que nombra tutor en testamento.

1. Con todo, en esta constitucion y en este lugar adviértense dos errores de Triboniano en la explicacion del derecho antiguo. El uno es el haber pensado que por derecho antiguo se nombraba interinamente un curador para administrar la tutela bajo la responsabilidad del menor, á quien se habia deferido la tutela legítima, como se manifiesta por la razon que se pone al principio de la constitucion; y el otro el haber creido que podia el menor de edad ser nombrado tutor por el magistrado, aunque se le concedia el derecho de excusarse; de modo que si omitia el hacerlo, el mismo menor podia administrar la tutela, ó debia nombrarse otro por el magistrado, que interinamente lo hiciese bajo la responsabilidad del menor. Todo lo que es tan absurdo y tan ageno de la razon del derecho antiguo que es de admirar que no lo advirtiesen Cujacio, Hotomano Wesembecio, ni aun el mismo Antonio Fabro, custodio, por decirlo asi, de Triboniano. Por lo que, si alguna cosa nueva se ha establecido en esta constitucion será solo lo que piensa Bacovio de que ya no puede deferirse en manera ninguna la tutela legítima al agnado próximo que fuere menor de edad, sino que no contando por nada esta edad, solo sean tutores aquellos de los próximos agnados que tuvieren veinte y cinco años; mas

(a) L. 2. tit. 17. P. 6.

todos ellos fueren menores de edad deben ser llamados los siguientes en grado, quienes antiguamente habian sido excluidos, y ni aun durante la menor edad del próximo agnado eran admitidos á la administracion de la tutela, como ya demostramos. VINN. Con todo, no me atreveré yo á achacar á Justiniano una ignorancia tan crasa. No hay duda ninguna en que los antiguos, no solo admitieron á los menores, sino tambien á los impúberos á la tutela testamentaria, y aun á la legítima como claramente se ve por lo que dice Ulpiano, *l.* 11. §. 20. *y* 22., aunque interinamente hasta que hubiesen llegado á la pubertad el pretor nombraba otro tutor, á no ser que se hubiesen excusado. Que el magistrado no podia nombrar por tutor á un impúber no tengo dificultad en concederlo; mas en cuanto al menor apenas lo dudo, pues este despues de tomada la toga viril acostumbraba á ser admitido á los oficios viriles. Cuando posteriormente mudó esto Justiniano, Triboniano segun su costumbre acomodó las leyes antiguas al derecho nuevo como en la *l.* 16. §. 1. *ff. de tut. l.* 4. *l.* 8. *ff. de legit. tut. l.* .. *ff. de fidejuss. et nominat.*; y así tambien lo dice Cuyacio en el *tit. Instit. de fiduc. tut.*, y el ilustre varon Ant. Schulting. *Jurispr. Antejustin. p.* 601. Hubero defiende á Triboniano contra Vinnio con otro argumento. *Digress.* 1. 3. *cap.* 24. HEIN.

Nec pupillus.) Si es verdad lo que dijimos de que el agnado próximo durante su menor edad no puede administrar la tutela parece ocioso é inútil preguntar si el pupilo puede ser llamado á la tutela legítima de otro pupilo; pues si se supone que el uno es infante y el otro próximo á la pubertad, muy poco tiempo quedará en este caso para la administracion; y la *l.* 10. §. *pen. h. tit.* no habla del impúber, sino del adulto ó sea menor de veinte y cinco años, pues la palabra ἀφῆλιξ ó ἀνῆλιξ entre los griegos no es ἄνηβος, esto es, impúber, sino νέος, es decir adulto. τὴν ἥβην μετὰ ὑπερβᾶσι ἐλάττονδέ τῶν εἴκοσι πέντε ἐνιαυτῶν, es decir, aquellos que pasando de la pubertad son menores de 25 años, como á cada paso se encuentra en Teófilo y Harmenópulo.

Quum incivile sit.) Esta razon solo produce el efecto de que no se permita la administracion de la tutela al menor de edad; mas ni por derecho antiguo le fué dicha administracion permitida; pero, como dije, Justiniano creyó falsamente que interinamente la tutela se administraba por otro, bajo la responsabilidad del menor; pues por esta razon dice haber mudado el derecho antiguo, para que nadie esté sujeto sino á la responsabilidad de su administracion, á fin de que nadie esté gravado con el peso ageno. Así que, en este lugar puede tomarse lo que dice que sufria el cargo de la tutela ó curaduría, por el peligro de la tutela que otro debia administrar.

« Por lo que hace á España véase lo que « dijimos en el §. 2. *del tit.* 14. mas arriba.»

TEXTO.

De Militia

14. Idem et in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.

TRADUCCION.

De la milicia.

Otro tanto debe observarse en el soldado, de modo que ni aun queriendo sea admitido al cargo de la tutela (a.)

COMENTARIO.

Los soldados, á ejemplo de los menores, ni aun queriendo son admitidos á la administracion de la tutela ó curaduria, *l.* 4. *C. qui dar. tut. l.* 8. *C. de legat.*, para que no se distraigan de sus banderas con los negocios privados, por cuya causa tampoco pueden ser procuradores, *l.* 8. §. 2. *de procur.* (b), ni arrendar predios agenos, *l. milites.* 31. *C. de loc. et cond.* Hasta qué punto los veteranos, esto es, los que han obtenido licencia honrosa, y han sido relevados del juramento, tengan exencion de la tutela se disputa latamente en la *l.* 8. §. 2. *seq. h. tit.*

TEXTO.

De Grammaticis, Rhetoribus et Medicis.

15. Item Romæ Grammatici, Rhetores, et Medici, et qui in patria sua has artes exercent, et intra numerum sunt, á tutela et cura habent vacationem.

TRADUCCION.

De los Gramáticos, Retoricos y médicos.

Tambien en Roma los Gramáticos, Retóricos y Médicos, y los que ejercen estas artes en su patria, y son de número se excusan de la tutela y curaduria,

COMENTARIO.

Los profesores de las ciencias liberales,

(a) L. 3. tit. 17. P. 6.
(b) L. 6. tit. 5. P. 3.

como son los gramáticos, los sofistas, los retóricos que públicamente enseñan á la juventud, y tambien los médicos se libran del cargo de la tutela y curaduría, á semejanza de los demas cargos, *l.* 6. §. 1. *h. tit. et tit. C. de profess. et med. lib.* 10. Tambien tienen esta exencion los filósofos, *d. l.* 6. §. 5. Cuyacio en *d. l.* 6. §. 1. dice que los músicos, aunque su arte sea ingénuo y liberal, no se excusan, alegando para esto la *l.* 4. *C. de excus. mun. lib.* 10., en cuyo lugar en vez de *Hydraulæ* parece haber leido *Musici*. Ni se excusan tampoco los poetas, *l.* 3. *C. de profess. et med.*, aunque les inspire el espíritu divino: tampoco se excusan los doctores en Jurisprudencia á excepcion de los que enseñan en Roma, *d. l.* 6. §. *legum.* 12. Con todo, por la constitucion de Constantino todos estos se excusan, *l.* 6. *C. de profess. et med.*

Qui in patria sua). Los profesores y médicos solo disfrutan de esta inmunidad si enseñan ó ejercen su profesion en su patria, no si la ejercen en otras partes. Con todo, entiéndese que hay dos patrias: una propia ó sea la originaria, y otra comun que es Roma, *l. Roma* 33. *ad municip.* Por lo que, los que enseñan en Roma, aunque no sean romanos, tienen esta inmunidad *l.* 9. *de vac. mun.*; estén ó no asalariados. *l.* 6. §. *Romæ* 11. *h. tit.*, y esta es una de las tres condiciones necesarias para obtener esta inmunidad, *d. l.* 6. §. *amplius* 9.

Intra numerum sunt). Otra condicion indispensable; pues los profesores de las ciencias no disfrutan de esta inmunidad sino en el caso en que aprobados por un decreto de su órden fueren incluidos en el número establecido, *d. l.* 6. §. 4. *l.* 5. 7. *et* 8. *C. de profess.*; pues habia un cierto número de aquellos que disfrutaban de exencion en cada ciudad, el que estaba definido por la *l.* 6. §. 2., excepto respecto de los filósofos διὰ τὸ σπανίους εἶναι τοὺς φιλοσοφοῦντας, es decir, á causa de la escasez de filósofos; *d. l.* 6. §. *de Philosophis*, cuyo número no era lícito exceder, *d. l.* 6. §. 3., á no ser que á alguno se le concediese inmunidad á mas del número por su sobresaliente mérito, (ὁ ἄγαν ἐπιστήμων) *d. l.* 6. §. *valde* 10. Otra condicion hay que se ha omitido aquí; á saber, que desempeñen su profesion bien y asíduamente, y que sean útiles á la juventud; pues de otra suerte pueden ser privados de su arte, *d. l.* 6. §. 6. *leg.* 2. *l.* 8. *C. de profess. l.* 11. §. 3. *de mun. et hon.* De ahi deducen los doctores que los estudiosos que no se dedican asíduamente á las ciencias, aunque hayan sido incluidos en el catálogo, no deben disfrutar de los privilegios escolásticos, pues cesa la razon porque estos se concedieron, segun Aldobrand. *n.* 19. Schneid. *n.* 6. *hic.*; aunque hoy dia apenas se observa esto: véase á Wames. *cent.* 1 *cens.* 40. Christin. *vol.* 5. *decis.* 56. *et* 49. *n.* 14. *et seq.*

«Por derecho español los doctores en leyes no están excusados de la tutela, no siendo jueces ó consejeros del Rey, *l.* 3. *tit.* 17. *P.* 6., de manera que estos son de peor condicion que los gramáticos y otros de quienes habla la *l.* 3. y Greg. Lopez en su glosa á ella. Esto consistirá tal vez, en que para el desempeño de una tutela son los mas idóneos. Por lo demas, en otras cosas gozan de muchos privilegios, como puede verse en la *l.* 8. *tit. fin. P.* 2. Los gramáticos, retóricos y médicos se excusan, aunque no enseñen ni ejerzan su profesion en el reino, con tal que lo hagan en otra parte con licencia del rey, *d. l.* 3. No debemos aquí pasar por alto una excusa de la tutela desconocida entre los romanos, y que la ley 3. *tit.* 29. *lib.* 7. *Nov. Rec.* concede á aquellos que tengan doce yeguas de vientre.»

«La *l.* 12. *tit.* 18. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* revoca y anula todas las cartas Reales concedidas á vecinos pecheros para eximirse de la tutela y otras cargas, dándose la razon de que estas exenciones son perjudiciales al servicio del rey y al bien comun. Pero no podemos convenir con lo que dicen Aso y de Manuel en sus *inst. lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 1. *vers. Se excusan*, que la citada ley 12. quitó á los plebeyos las excusas aprobadas en la *l.* 2. *tit.* 17. *P.* 6.; á saber, las que provienen de la carga de tres tutelas, de pobreza, impericia, y edad mayor de setenta años, fundándonos para ello en que *d. l.* 12. expresamente aprueba estas excusas y las demas concedidas en nuestras leyes donde dice: *No aquellos que los derechos y leyes de nuestros Reinos excusan de tales cargos y oficios* (Sala *Inst. Rom. Hisp. en este* §.).

TEXTO

De tempore et modo proponendi excusationes.

16. Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit; aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant; sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverint se tutores vel curatores datos, se excusare debent, cujuscumque generis sint, id est qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sint ab eo loco; ubi tutores dati sunt. Si verò ultra centesi-

num lapidem habitan, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, et amplius triginta dierum; qui amen, ut Sævola dicebat, sic debent computari, ne minus sint quàm quinquaginta dies.

TRADUCCION.

Del tiempo y modo de proponer las excusas.

Aquel que quiere excusarse si tuviese muchas excusas, y algunas de ellas no las hubiese probado, puede hacer uso de otras dentro el tiempo prescrito. Con todo, aquellos que quieren excusarse no apelan sino que deben dentro el término de cincuenta dias continuos desde que supieron haber sido nombrados tutores ó curadores, proponer sus xcusas de cualquier género que ellas sean, esto es, de ualquier modo que hubieren sido nombrados tutores, si distan solo cien millas del lugar en que han sido nombrados (a). Mas si habitaren mas allá de las cien millas se les concede un dia por cada veinte millas, y treinta dias mas (b), debiendo como decia Sævola hacerse la computacion de modo, que nunca resulten menos de cincuenta dias.

NOTAS.

16. *Qualitercumque dati*). Esto es, ya sean nombrados por el magistrado, ya por el testamento, ya por la ley; pues que tambien los tutores legitimos pueden excusarse, *l.* 3. §. 8. *D. de leg. tut. l.* 1. *C. eod. l.* 9. *C. qui dari tut.*, y antes habia dicho, *de cualquier género que fuesen.*

COMENTARIO.

1. *Si despues de la constitucion de Divo Marco puede apelarse inmediatamente despues de la delacion de la tutela?*
2. *Desde qué tiempo empiezan a correr los cincuenta dias prescritos para la alegacion de las escusas?*
3. *Si la causa en que se proponen las excusas puede seguirse por medio de procurador?*
4. *Tambien los tutores legítimos pueden excusarse.*

Aliis uti non prohibetur). Está copiado de Marciano, *l. propter litem* 21. §. 1. *eodem*. La excusa es una especie de excepcion, y á nadie se prohibe hacer uso de muchas excepciones, *l.* 8. *de exc. l. nemo* 43. *de reg. jur.* Pero pregúntanse; si aquel que tiene muchas excusas debe proponerlas y probarlas todas á la vez; y la glosa cree que esto no es necesario. Pero es mas cierto que conviene se aleguen todas desde un principio, para que de otro modo el tutor no busque posteriormente otras causas nuevas con el objeto de diferir el negocio, y hay sobre esto un texto espreso en la *l. scire oportet scire autem* 8. *h. tit.* Propuestas, em todas, basta para excusarse el que se p. be una.

1. *Non appellant*). Así lo dispuso Divo Marco; pues apelándose antes lo mismo de la delacion de la tutela, que de la de otro cualquier cargo, Marco Antonino distinguió la tutela de los demas cargos de modo que el tutor nombrado no apelase ya del nombramiento, sino que si creia tener justa causa para excusarse la propusiese dentro el tiempo prefijado, concediéndosele tan solo la facultad de apelar en el caso en que el juez la desechare (c). Aquellos, empero, que son nombrados para otros cargos no pueden alegar las causas de su inmunidad de otro modo que como lo hacian antiguamente, esto es, interponiendo la apelacion, *l.* 1. §. 1. *et* 2. *quan appell.* (d). Así que, si hay algun lugar en que se dice que los tutores nombrados debieron apelar como en la *l.* 4. *hoc. tit. l. tutor.* 39. §. *tutor.* 6 *de adm. tut. l.* 2. *et pen. de tut. et cur. dat. l.* 17. §. 1. *de appell.* no se ha de entender como que desde su nombramiento apelaron inmediatamente sino que lo verificaron despues de haberse desechado la excusa alegada dentro el tiempo prescrito. Ni obsta lo que Modestino escribe en la *l.* 16. *h. tit.* de que los tutores pueden tambien excusarse valiéndose de la apelacion ó lo que el mismo Modestino *l.* 15. *eod.*, y los emperadores *l. tutores* 18. *C. eod.* dicen que no hay necesidad de interponer la apelacion, como que si quisiesen pudiesen hacerlo. Semejantes argumentos ó consecuencias no siempre son necesarias, ni aqui debemos admitir de modo ninguno esta: *los tutores no tienen necesidad de apelar, luego si quieren pueden hacerlo.* No tienen necesidad, como antiguamente antes de la constitucion de Divo Marco; mas actualmente, ni pueden hacerlo, ó inútilmente apelan antes de haber propuesto y sidoles desechada la causa de excusa, *d. l.* 1. §. 1. *quand. app.* Este lugar es tan claro, distinguiendo en esta parte á la tutela de los otros cargos públicos, á los cuales el que es llamado contra un privilegio que goza, apela desde luego que debemos interpretar conforme á él todos los demas lugares. Y asi se observa. Tuld. *hic. l.* 11. *et ad tit. C. eod.* Christin. *vol.* 3. *decis.* 171. *n.* 12. Esto prueba tan solo que nada se ha establecido aquí por causa ó en favor de los tutores. Quizá pareció mas útil y mas justo que aquellos que nombraron el

(a) L. 4. tit. 17. P. 6.
(b) D. l. 4.

(c) L. 8. tit. 23. P. 3. vers. *Mas si fuese.*
(d) D. l. 8. al principio.

tutor conociesen primeramente de la causa de excusarse, y la admitiesen ó desechasen; pues en nada les interesa el que sea tutor aquel ú otro, antes que acudir al superior desde luego, como que hubiesen ya desechado una excusa que nunca oyeron, y hasta seria esto un absurdo en los tutores testamentarios y legítimos. Otra razon empero, hay en la delacion de los otros cargos, como si uno fuere nombrado por su órden ó por los Duumviros decurion ó escribano, pues que en este caso interesa á los que hicieron el nombramiento que el nombrado ejerza el cargo, y en cierto modo son partes y serian jueces en causa propia si debiesen alegarse y probarse las excusas ante ellos; lo que advierte aquí Ju. Fab.

Intra quinquaginta dies continuos). Para proponer y alegar las excusas se conceden cincuenta dias continuos, *l.* 13. §. 1. *et seq. h. tit.* y para la decision del negocio cuatro meses tambien continuos, *l. quinquaginta* 38. *eod.* Llámanse continuos aquellos dias que corren continua, incontinentemente y sin interrupcion, sin que se exceptue ninguno, á diferencia de los útiles de los que se deducen todos aquellos en que no puede hacerse uso de su derecho, *l.* 2. *de div. et temp. præ.*; sobre lo que quizá en otra parte hablaremos mas latamente.

2. *Ex quo cognoverint*). Los cincuenta dias concedidos á los tutores y curadores para alegar las excusas no empiezan á correr desde el nombramiento, sino desde que supieron que este habia tenido lugar, *d. l.* 13. §. *quinquaginta* 9. *l.* 6. *C. eod. l.* 3. *de verb. signific.* (a) y desde dicho dia, si descuidaron la tutela son responsables de su descuido, *l.* 1. §. 1. *de adm. tut.*, debiéndose, con todo, tener alguna indulgencia con los que no vinieron dentro el tiempo prefijado por impedírselo una enfermedad, una tempestad ú otra causa semejante, *d. l.* 13. §. *sienim.* 7. Ni tampoco creo que los cuatro meses empiecen á correr antes del dia en que haya llegado á conocimiento del tutor su nombramiento (b); porque si así no fuese podria suceder que se cumpliese el tiempo de excusarse antes de empezar, lo que seria muy absurdo. Ni es contrario á esto el que Paulo en *d. l.* 38. cuente dichos meses desde el dia del nombramiento; pues que para Paulo en el citado lugar es lo mismo el dia del nombramiento que el de la noticia de este; pues que solo quiere excluir el tiempo desde que ha sido alegada la excusa, como que dijera que aquellos cuatro meses no empiezan á correr desde el dia de la alegacion de la excusa como podria parecer, sino desde el dia del nombramiento; á saber, despues de conocido, no despues de hecho. Ant. Fab. 1. *jurispr. hoc. tit. pr.* 1. *illat.* 7.

Se excusare debent). No solo debe el tutor venir y presentarse al juez dentro de los cincuenta dias, sino que es necesario que dentro de dicho tiempo se excuse; esto es, que alegue especialmente la causa de excusacion; de modo que aunque despues tal vez no la siga desde luego, no le obstará la prescripcion de los cincuenta dias, pues que aun le quedan setenta para la conclusion del negocio, á no ser que compareciere ἀφοσιώσεως χάριν, esto es, confusa y ligeramente, ó como traduce Concio solo por ceremonia para desistir luego, y dar largas al adversario, *d. l.* 13. §. ἀποχρῆ 6. La excusa debe probarse, ó conforme á derecho en el tribunal del Pretor ó en las actas, ó de plano por medio de un libelo, *d. l.* 13. §. χρὴ δίμίαν 10. pues aun que el tutor no se excuse por la sola presentacion y suscripcion del libelo, *l. excusare* 25. *eod.* por cuanto la excusa debe indagarse y discutirse ante el tribunal, y es necesario un decreto segun la *l.* 9. §. 1 *de off. proc. l. omnia* 71. *de reg. jur.*; con todo, para impedir la prescripcion basta la contestacion hecha por medio del libelo. Lo que no está bastante claro es si puede excusarse el tutor ausente: niégalo Acursio, y son de su opinion Pet. Fab. *l.* 70. *de reg. jur.* y Ant. Fab. *d. illat.* 7. y tambien Bacovio, *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 9. *th.* 1. *lit. B.*; pero yo pienso lo contrario con Cujacio, y me parece mas cierto, conforme el texto de la *l. tut.* 19. *C. de adm. tut.*

3. Ni veo obstáculo ninguno en que la causa de la excusacion pueda seguirse por medio de procurador. Cosas opuestas son *por medio de libelo y ante el tribunal*; pero no *por medio del libelo y en presencia*; pues aquel que está presente puede presentar el libelo.

4. *Cujuscumque generis sint, vel qualitercumque dati*). Ya fueren nombrados en testamento, ya por el magistrado, ya por la ley; pues que tambien los tutores legítimos pueden excusarse, *l.* 5. §. *quæri.* 8. *de leg. tut. l. si pupillum* 20. *h. t. l.* 1. *C. de leg. tut. l. si sororis* 9. *C. qui dar. tut. arg. l.* 2. §. 5. *hoc. tit.* Con cuyos lugares se refuta manifiestamente la opinion de aquellos que piensan que los tutores legítimos no pueden excusarse, sino tan solo temporalmente ó en el caso en que puedan tambien ser removidos, de cuyo número son Hotomano, y Gifan. *hic.*

(a) L. 4. tit. 17. P. 6.
(b) L. 4. tit. 17. P. 6.

Cujacio *d. l.* 15. Vinn. Por lo que muy bien Teófilo traduce: ya sean testamentarios, ya legítimos, (εἴτε τεσταμεντάριοι εἴν τε λεγίτιμοι.) Hubero defiende muy bien á Teófilo contra Cujacio y Gifanio. *Præl. ad Inst. h. t.* §. 20. Hein.

Intra centesimum lapidem). Para la alegacion de la excusa se conceden cincuenta dias si aquel que ha sido nombrado tutor está en la misma ciudad, ó dentro el radio de cien millas; mas si estuviere mas lejos se le concede un dia por cada veinte millas y treinta dias mas (a); de modo que contados los dias de viage y estos treinta, resulte que nunca el tutor tenga menos de los cincuenta; lo que explica mas latamente Modestino, *d. l.* 13. §. 1. *et seq.* De paso añado que aqui *lapidem* quiere decir milla, ó sea mil pasos; cuyo nombre vino de que Tiberio Graco habia señalado las millas, colocando en cada una de ellas una piedra ó columna en la que estaban inscritas las distancias, segun Plutarco *in. Graccho p.* 838. Los caminos de Italia todos empezaban y concluian en la columna dorada que estaba en el foro de Roma frente el templo de Saturno; esto es, en aquella milla de la ciudad tan ensalzada por los monumentos de los antiguos. Vinn. Debe verse acerca de esto á Bergerio *de viris militaribus*, en donde se trata de esto y otras muchas cosas. Hein.

TEXTO.

De excusatione pro parte patrimonii.

17 Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.

TRADUCCION.

De la excusa por una parte del patrimonio.

Nombrado uno tutor se entiende nombrado para todo el patrimonio.

COMENTARIO.

Pienso con Hotomano y Wesembecio que este párrafo está Mutilado y sacado de Marciano, *l. propter litem* 21. §. 2. *hoc tit.* pareciendo que quiere indicar aquí Justiniano, que no se debe escuchar al tutor que se excusa de una parte de los bienes; pues que se entiende nombrado, no para una parte de ellos sino para todo el patrimonio, poniéndose en *d. l.* 21. una excepcion de esta regla, que consiste cuando alguno se excusa de administrar la tutela en una provincia extraña mas allá del radio de cien millas.

(a) L. 4. tit. 17. P. 6. vers. *E. el Juez.*

TEXTO.

De excusationibus propriis curatorum. De tutelæ gestione.

18. Qui tutelam alicujus gesit, invitus curatori ejusdem fieri non compellitur: in tantum, ut licèt parer familias, qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eundem curatorem dare; tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

TRADUCCION.

De las excusas propias de los curadores. De la administracion de la tutela.

A aquel que administra la tutela de alguno no se le obliga á pesar suyo á ser curador del mismo, en tanto grado que aunque el padre de familias que le nombró tutor en testamento hubiere añadido que le nombraba tambien curador, con todo los emperadores Severo y Antonino dispusieron que no se le obligase á tomar la curaduría a pesar suyo (a).

COMENTARIO.

Las excusas que preceden son comunes á la tutela y á la curaduría; síguense ahora dos que son propias de esta última, de las cuales la una se explica en este párrafo y la otra en el siguiente.

Curator ejusdem fieri non compellatur). Pareció á los romanos motivo suficiente para excusarse de la curaduría de un adulto el haber desempeñado la tutela del mismo, *l. curator* 20. *C. eod.*, pensando que era demasiado duro el gravar á una persona con dos cargos.

Adjecerit, se eundem curatorem, dare). Aunque en otros casos el curador nombrado en testamento suele ser confirmado por el pretor, *sup. de curat.* §. 1. exceptuan los antiguos al liberto (por el beneficio de la la libertad recibida) á quién el patrono nombré tutor ó curador de sus hijos, *l.* 5. *C. eod.*, á no ser que haya sido comprado y manumitido de dinero propio, ó que hubiese recibido la libertad por fideicomiso; pues en semejante libertad no tiene el patrono derecho ninguno excepto el de no poder ser llamado por el liberto á juicio sin preceder la venia, *l.* 14. §. 5. *l. nequaquam.* 24. *h. t.*

(a) L. 3. tit. 17. P. 6.

TEXTO.

De Marito.

19. Idem rescripserunt: maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.

TRADUCCION.

Del marido.

Los mismos dispusieron que el marido que ha sido nombrado curador de su muger pudiese excusarse de la curaduría aun cuando se hubiese inmiscuido en ella.

COMENTARIO

1 *De qué cosas de la muger no puede el marido ser curador?*
2 *Los jurisconsultos abusan muchas veces de la palabra* excusar.

1. Otra causa de excusa propia de la curaduría es la que tiene el marido con respecto á la de su mujer, menor de veinte y cinco años y mentecata. Dice que *ha sido nombrado curador*, pero de qué bienes? pues por derecho civil el marido es dueño de la dote, *infr. qui alien. lic. l. dote*. 9. *Cod. de rei vind.* Si se pregunta acerca el derecho antiguo no hay duda alguna que deberá decirse de todos aquellos bienes que tiene la mujer fuera de la dote, llamados por los griegos parafernales, aunque no hubiese recibido expresamente el uso de los mismos y no se le hubiese reservado. Esto está conforme con la causa de prohibicion que luego dirémos, y con el espiritu de las antiguas constituciones que hablan sin hacer distincion, *l.* 2. *Cod. qui dar. tut. l.* 4. *l. licet*. 17. *Cod. h. tit. l.* 5. *Cod. de intrd. matr.* Ciertamente pudo la muger que era de mayor edad encargar á su marido la administracion de todas las cosas que tenia además de la dote, *arg. l.* 8. *C. de pac. conv. l. maritus* 21. *Cod. de procur. l. pen. ad leg. Falcid.* Mas aqui se pregunta sobre la muger menor de veinte y cinco años ó mentecata que tiene bienes parafernales, á lo que responderemos que á esta prohibe indistintamente el derecho antiguo que su marido sea curador de dichos bienes, y no tan solo de los recibidos como malamente piensan Mynsingero, Hotomano y Wesembecio; pues en las nuevas constituciones fué cuando se permitió al marido la administracion de los bienes parafernales, que la mujer no exceptuó especialmente *l.* 8. *l. ult. C. de pact. conv.* lo que se descuidó de advertir aqui Triboniano.

2. *Excusare se posse*). Muchas veces nuestros autores abusan de la prlabra *excusar*, aplicándola á aquellos que no pueden ser tutores ó curadores; como cuando dicen que la enemistad capital sirve de excusa (διὰ τὴν ἔχθραν ἐπιτροπῆς) §. *inimicitia* 11. *sup. l.* 6. §. δίδωσιν 17. *eod.*, que debe admitirse la excusa del tio paterno que disputa la herencia al pupilo, *l. si pupillum* 20. *eod.*; y finalmente que se excusan al ciego, mudo, sordo y furioso, *l. un C. d. de morb.*, de todos los cuales es cierto que no pueden administrar la tutela, *l.* 3. §. *si tutor* 12. *de susd. tut. l. licet*. 17. *C. hoc tit.* De la misma especie es la excusa que aqui se propone, que no hay diferencia ninguna entre que se dé por curador el marido á la mujer, ó el suegro á la nuera. Que Justiniano abusa en este párrafo de la palabra *excusar* se prueba por la *l.* 2. *Cod. qui dar. tut.* y tambien por la *l.* 14. *de cur fur.*, las cuales niegan abiertamente que pueda el marido ser nombrado curador de su muger, lo que advierto aqui para que alguno no piense que está en el arbitrio del marido el excusarse, ó dejarlo de hacer, y desempeñar la curaduría de su mujer, y en general para que nadie crea que es una prueba cierta de haber sido bien nombrado el tutor cuando se dice que puede excusarse. En tanto se prohibe al marido ser nombrado curador de su muger, como que si siéndola se mezclare imprudentemente en la curaduría recae sobre él la nota de infamia; del mismo modo que se hacen tambien infames aquellos que contra el senadoconsulto se unen en matrimonio con la pupila ó adulta, siendo la misma la razon de entrambas prohibiciones, esto es, para que no se oculte el fraude de la administracion, á causa de que la muger ya por los halagos del marido, ya por el miedo que le tenga no se atreverá á exigirle cuentas, *l.* 4. *l. licet* 17. *C. hoc tit. l.* 5. *l.* 7. *C de interd. matr. l. libertum* 64. §. 1. *de rit. nup.* Dudo, empero, con Bacovio que esto esté conforme con las ulteriores constituciones.

Licet se inmisceat). Si aquel que puede excusarse omitiere el hacerlo, y se inmiscuyere en la administracion, aunque despues quisiera excusarse no se le admite; pues se considera que tácitamente ha renunciado su derecho, *l. non tantum* 17. §. 5. *sane. h. tit. l.* 2. *Cod. si tutor fals. alleg.* Pero esto tiene lugar tan solo en aquellos que han sido nombrados tutores ó curadores conforme á la ley quienes son los únicos que propiamente pueden excusarse, porque aquellos que no pueden ejercer la tutela ó curaduría, aun cuando se mezclaren en ella son excusados ó removidos, *l. si pupillum* 20. *h. tit.* §. *item major.*

15. *sup. eod.*; y esto es lo que se observa por derecho romano.

«En España se halla tambien establecida «la doctrina de este párrafo en la *l.* 5. *tit.* «17. *P.* 6.; pero por otra mas reciente que «es la *l.* 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se «concede al marido que ha entrado en los «18 años la administracion no solo de sus bie-«nes, si que tambien de los de su muger, sin «que tenga necesidad para ello de pedir la «vénia de edad, lo que se dispuso así en fa-«vor del matrimonio.»

TEXTO.

De falsis allegationibus.

20. Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit non est liberatus onere tutelæ.

TRADUCCION.

De la alegacion falsa.

Si alguno consiguiere excusarse de la tutela por medio de una alegacion falsa no se ha librado del cargo de la misma

NOTAS.

20. *Falsis allegationibus*). Añádese aquí que está obligado desde el tiempo que fué nombrado tutor.

COMENTARIO.

El decreto en virtud del cual se exime de la tutela al tutor que ha hecho uso de falsas alegaciones es nulo *ipso jure*, y no le libra de la responsabilidad, *l.* 1. *l. ult. Cod. si tut. fals. alleg.* lo que debemos creer se ha establecido así en favor de los pupilos; pues regularmente hablando, la sentencia que se ha dado en virtud de falsas pruebas no es nula *ipso jure*, sino que únicamente queda el recurso de pedir la restitucion contra la misma en caso que no se haya apelado, *arg. leg. Divus* 35. *de re judic. et tot. tit. C. si ex fals. instrument.* (a).

TÍTULO VIGÈSIMO SEXTO.

De los tutores y curadores sospechosos.

CONC. CON EL LIB. 26. TIT. 10. DEL DIG. Y CON EL LIB. 5. TIT. 43. DEL COD. (b).

Continuacion y resúmen del titulo.

Hay explicadas ya dos cosas de las tres que empezó á tratar Justiniano y que son comunes á los tutores y curadores, á saber, la fianza y las excusas: quédanos ahora la tercera y última. Esta es la acusacion y remocion del tutor ó curador sospechoso, la que se explica en este postrer título de este libro. Manifiéstase de donde trae su origen esta acusacion, quienes pueden acusar; ante quién debe esto hacerse, y por quienes: luego enseña quienes son llamados sospechosos, y porqué hechos se prueba que son tales, y deben removerse; y promiscuamente la fuerza y efectos de esta acusacion y remocion.

TEXTO.

Unde suspecti crimen descendat.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere.

TRADUCCION.

De donde se deriva el crimen de sospechoso.

Debe saberse que el crimen de sospechoso se deriva de la ley de las doce tablas.

COMENTARIO.

Suspecti crimen ex lege duodecim tab.). Ulpian. *l.* 1. §. 2. *h. tit.* Aquí se cree pertenecer lo que Ciceron dice, 3. *de offic. c.* 15. de que *tambien fué vindicado por las leyes de las doce tablas el dolo malo como la tutela.* En este lugar y en Ulpiano la palabra *crimen* se pone en lugar de acriminacion ó acusacion, y no es inusitado este modo de entenderse dichas palabras; pues en el mismo sentido se toman en la *l.* 7. *de acus. l.* 5. *de calum. l. propter.* 21. *de Senat. Silan.* y en Ciceron *pro Rosc. Amerin.*, en donde dice: *tres causas hay que obstan actualmente á*

(a) L. 1 y 2. tit. 26. P. 6.

(b) Tit. 18. P. 6.

Sexto Roscio; *á saber, el crimen, la audacia y el poder de los adversarios*; por lo que aunque Teófilo tradujo bien diciendo κατηγορίαν, esto es, acusacion; con todo, no habia motivo para que Bacovio reprendiese á su intérprete Curio y al nuevo editor de las paráfrasis de entrambos Gotofredo porque en la traduccion latina conservaron la palabra crímen.

TEXTO.

Qui de hoc crimine cognoscunt.

1. Datum autem est jus removendi tutores suspectos Romæ Prætori; et in provinciis Præsidibus earum et Legato Proconsulis.

TRADUCCION.

Quienes conocen de este crímen.

Se ha concedido el derecho de remover á los tutores sospechosos, en Roma al Pretor, y en las provincias á los Presidentes de las mismas, y al legado del Procónsul.

NOTAS.

1. *Legato Proconsulis*). La facultad de remover á los tutores sospechosos compete á los magistrados en virtud de su jurisdiccion; por lo que delegada esta, ya especial, ya generalmente pasa tambien aquella á aquel, á quien se ha delagado, *l.* 1. §. 3. *et* 4. *hoc. tit.*; aun cuando el presidente la hubiese delegado, lo que malamente niega Cujacio, *l.* 1. §. 11. *D. ad sen. Turp.*; pues aquí no se excluye al que tiene la jurisdiccion delegada sino tan solo á los magistrados municipales.

COMENTARIO.

1. *Tambien ante aquel á quien se ha delegado la jurisdiccion puede entablarse la acusacion de sospechoso.*

Datum est). Esto no ha de entenderse como que la facultad de conocer del crímen de sospechoso, y de la remocion de los tutores se hubiese concedido á los pretores ó presidentes por una ley ó senadoconsulto especial, como cuando decimos que el derecho de nombrar tutores ha sido concedido á alguno entendemos que ha sido concedido expresamente por el príncipe, por la ley ó por el senadoconsulto, *l.* 1. *l.* 3. *de tut. et cur. dat. l.* 6. §. 2. *de tut.*; sino que este derecho de remover á los tutores se ha acostumbrado á conceder á los pretores y presidentes en fuerza de su mismo imperio; esto es, que les compete por su misma magistratura ó jurisdiccion, como acerca de la facultad de nombrar juez que compete á los mismos magistrados se halla dispuesto en la *l. cum prætor.* 12. §. 1. *de judic.*, pues es muy diferente la razon del nombramiento de tutor de la de su remocion. Aquel no es de jurisdiccion por cuya causa no puede delegarse, *d. l.* 6. §. 2. *l. nec mandante* 8. *de tut. et cur. dat.* Mas el conocimiento y remocion del tutor sospechoso es de jurisdiccion, por lo que, delegada esta, ya especial, ya generalmente pasa á aquel á quien se ha delegado, *l.* 4. *in pr. de off. ejus cui mand. l.* 1. §. 4. *h. tit.* Nuevamente se concedió tambien por una ley expresa la facultad de nombrar tutores á los magistrados municipales, *l.* 3. *de tut. et cur. dad.* §. 4. *et* 5. *sup. de Altil. tut.* Pero del crímen de sospechoso solo pueden conocer los magistrados mayores, *l.* 1. §. *suspecti* 11. *ad senat. Turpil.* (a).

Legato Proconsulis). Tambien el legado del Procónsul puede conocer del crímen de sospechoso, no porque especialmente le esté esto concedido, como sucede con el nombramiento de tutor por la oracion de Divo Marco, *l.* 1. §. 1. *de tut. dat.*, sino como una consecuencia de la jurisdiccion que le ha sido delegada por el Procónsul, *l.* 1. §. 4. *h. tit. l.* 4. *de off. ejus cui mand. est. jurisd.*, en cuya ley las palabras que Macer añade, *propter utilitatem pupillorum* no deben entenderse como que hubiese sido dictada esta disposicion por la sola utilidad de los pupilos, contra la razon del derecho, sino porque á la vez con aquella razon general, en virtud de la cual, delegada la jurisdiccion pasa tambien toda la facultad de administrar justicia, concurre aquí tambien accidentalmente la utilidad del pupilo, á quien interesa el que puedan conocer muchos del crímen de sospechoso, para que no pueda un tutor pérfido cebarse por mucho tiempo en su patrimonio. Por una razon semejante, si el pretor delegase su jurisdiccion podrá ser acusado el tutor sospechoso ante aquel á quien se haya aquella delegado, *d. l.* 1. §. 4. *vers. ergo.* Debiendo igualmente decirse lo mismo si fuere el presidente quien la delegó. Ni se opone á esto lo que en Marciano, *l.* 1. §. *suspecti* 11. *ad Senat. Turp.*, leemos que la acusacion del tutor sospechoso solo puede examinarse ante el tribunal, y que ningun otro á excepcion del Presidente puede fallar sobre esta cuestion; pues que conociendo y fallando aquel á quien la jurisdiccion se delegó se estiende conocer y

(a) L. 4. al fin. tit. 18. P. 6.

fallar el mismo delegante, y que aquel hace las veces de este, no las suyas propias, *l. 1. §. 1. l. 3. de off. ejus cui mand. l. solet 16. de jurisd. l. 1. §. 1. quis á quo app.* Solo quiso Marciano excluir á los magistrados inferiores de los municipios y de las ciudades, quienes no fallan en el tribunal, en el que deben discutirse estas cuestiones, aunque por otra parte tengan alguna jurisdiccion. Así tambien en la *l. 105 de reg. jur.*, que tambien pertenece al caso propuesto, cuando se dice que se exige el pretor siempre que es necesario el conocimiento de causa no se excluye á aquel á quien el pretor delegó su jurisdiccion, sino tan solo á los Duumviros ó magistrados municipales, á quienes no es lícito hacer lo que pertenece ó es propio de una potestad mayor, *l. ea quæ 26. ad munic. l. 1. et 4. de damn. inf.*

TEXTO.

Qui suspecti fieri possunt.

2. Ostendimus, qui possint de suspecto cognoscere; nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarii, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare et si legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licet suspectus remotus fuerit.

TRADUCCION.

Quienes pueden ser acusados de sospechosos.

Hemos manifestado quienes pueden conocer del crímen de sospechoso: veamos ahora quienes pueden ser acusados de sospechosos. Pueden serlo todos los tutores, ya sean testamentarios, ya no lo sean, ya sean de otra cualquier especie; por lo que, aunque fuere legítimo el tutor podrá tambien ser acusado (a). Y qué diremos del patrono? Tambien en este caso deberemos decir lo mismo, con tal que tengamos presente que debe conservarse ilesa la fama del patrono, aunque fuere removido como sospechoso.

COMENTARIO.

Possunt quidem omnes tutores). Lo propio debemos decir de todos los curadores, ya lo sean de un adulto, ya de un furioso ó pródigo, *l. 3. §. 2. eod.*; y hasta el curador dado al póstumo puede ser acusado como sospechoso, *d. l. 3. §. 1.* Este lugar está copiado de la *l. 1. §. ostendimus 3. eodem.*

Quare et si legitimus). Parece insinuar aqui que los tutores testamentarios y dativos pueden ser mas fácilmente acusados de sospechosos y removidos como á tales, que no los legítimos y aquellos que están unidos con el pupilo por medio de un vínculo de parentesco ó afinidad: á quienes mas bien debe agregárseles un curador, que no removerseles, con peligro de infamia y de su reputacion, *l. si tutor 9. eod.*

Famæ patroni parcendum). Lo que se dice aqui del patrono pertenece con mayoría de razon al padre, y tal vez no pudo este ni tan solo ser acusado como sospechoso, sino que simplemente debió agregársele un curador; pues consta y es sabido que las personas del padre y del patrono deben ser para el liberto y para el hijo, siempre honestas y sagradas, *l. liberto 9. de obs. par. et patron.* Por esta razon no puede entablarse contra los padres ó patronos ninguna accion famosa, ni aun aquellas en que no se hace mencion ninguna de fraude ó dolo, sino que en aquellos casos en que se da accion famosa contra un extraño, contra el padre y el patrono se da *in factum*, omitiendo el dolo, *l. non debet 11. de dol. l. 2. l. 5. §. 1 d. tit. l. 1. §. inteadictum 43. de vi et vi armata*; lo que en el caso propuesto es muy fácil por cuanto esta accion naturalmente no es famosa; véase la *l. 5. §. ult. cum l. seq. et l. 9. h. tit.*

TEXTO.

Qui possunt suspectos postulare.

3. Consequens est ut videamus, qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimo mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi et Antonini: sed hæ solæ, quæ pietatis necessitudine ductæ ad hoc procedunt, ut puta mater, nutrix quoque et avia; potest et soror. Sed et si qua alia mulier fuerit, quam Prætor propensa pietate intellexerit, sexus verecundiam non egredientem, sed pietate productam non sustinere injuriam pupillorum admittet eam ad accusationem.

TRADUCCION.

Quienes pueden acusar á los sospechosos.

Síguese que veamos quienes pueden acusar á los sospechosos. Y debe saberse que esta acusacion es cuasi pública, esto es, que es permitida á todos; por lo que tambien las mugeres son admitidas segun el rescripto de Severo y Antonino, pero tan solo las que lo hacen llevadas por cierta relacion de afecto; como por ejemplo, la madre, y tambien la nodriza y la abuela, y hasta la hermana; pero si hubiere alguna otra muger, que conociese el pretor es movida por su afecto, y no propasare el decoro de su sexo, sino que movida de compasion no quiere permitir el daño del pupilo, la admitirá tambien á la acusacion (b).

(a) L. 2. tit. 18. P. 6.

(b) L. 2. tit. 18. p. 6.

NOTAS.

5. *Quinimo mulieres*). Hasta tal punto se ha prescindido de la costumbre de los juicios en favor de los pupilos.

Pietatis necessitudo). En Ulpiano, *l.* 1. §. 7. de donde se ha sacado esto se lee, *pietate necessitudinis.*

COMENTARIO.

Está copiado este párrafo de Ulpiano, l. 1. §. *consequens* 6. *h. t.* Dícese *cuasi pública*, para denotar la impropiedad; pues en realidad no es pública esta acusacion; porque, ya se mire á su fin no persigue una injuria hecha á la república, sino al pupilo, ya á su forma y método de entablarla, no se conoce de este crímen extraordinariamente por el Prefecto de la ciudad, ó por los Presidentes, como sucede con los crímenes públicos, *l. ordo* 8 *de publ. jud. l.* 1. §. *ult. de pæn.*, sino por el pretor ó los presidentes, ó por aquellos á quienes estos han delegado su jurisdiccion, como sucede en un negocio pecuniario en un juicio privado, *arg. l. ult. de privil del.* Agréguese á esto que aquel que acusa á alguno de un crímen público debe firmar la acusacion que intenta (a), y si desistiere de ella incurre en el senado consulto Turpiliano, y ninguna de estas dos circunstancias tiene lugar en el crímen de sospechoso, *d. l. ult. de priv. d. l.* 1. §. *suspecti* 11. *ad Turpil.* Por qué razon, pues, se llama pública esta acusacion? No por otra, sino porque se asemeja á ella, en cuanto todos pueden entablarla; cuya circunstancia es propia de las acusaciones públicas, §. 1. *inf. de pub. jud.*; á lo que puede añadirse el que aun cuando nadie acuse puede el mismo magistrado de oficio remover al tutor manifiestamente sospechoso, *d. l.* 3. §. *præterea* 4. *hoc. tit.* (b) *l.* 13. *de off. præs. l.* 1. *in pr. C. de cust. reor.* Christin. *volum.* 3. *decis.* 157. *num.* 1.

Mulieres admittuntur). Hase introducido esto contra la costumbre de los juicios, y debe advertirse que no solo son admitidas á esta acusacion aquellas mugeres que estan unidas con el pupilo por algun lazo de parentesco, sino tambien cualesquiera otras con tal que estén llevadas por el afecto, y no traspasen el decoro (c); de modo que vemos ser mayor la libertad de acusar al tutor sospechoso, que la de intentar una acusacion de un crímen público, pues que á las mugeres no les es permitido acusar á nadie en un juicio público, á no ser que pidan la satisfaccion de una injuria propia, ó de sus parientes, *l.* 1. *et l.* 2. *de accus. l. de crim.* 22. *C. qui accusar. non poss.* (d). Hasta tal punto se ha prescindido de la costumbre de los juicios en favor de los pupilos. En Atenas era tambien pública esta accion, trayendo su origen de la ley de Platon, *l.* 11. *de legib.*

(a) L. 20. tit. 1. P. 7. vers. E si por su.
(b) L. 3. tit. 18. P. 6.
(c) L. 2. tit. 18. P. 6.

TEXTO.

An pubes vel impubes.

4. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere; et ita Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

TRADUCCION.

Si el púber ó el impuber pueden acusar.

Los impúberos no pueden acusar á sus tutores de sospechosos; mas los púberos pueden hacerlo con respecto á sus curadores, con consejo de sus parientes, y así lo dispusieron los emperadores Severo y Antonino (e).

COMENTARIO.

Estas mismas palabras se encuentran en la *l.* 7. *h. tit. l.* 6. *Cod. eod.* Dice *los impúberos no pueden* etc. En la acusacion de los tutores sospechosos debe principalmente mirarse si administran algo con descuido ó fraudulentamente, *l.* 5. *C. eod.* y siendo para esto necesario el juicio, no es de admirar el que los impúberos no sean admitidos á esta acusacion, y no puedan culpar las costumbres de su tutor por quien ellos mismos deben ser regidos. Bastante es ya que esta acusacion sea permitida á todos, y que el pretor pueda por sí mismo remover al tutor de oficio, *l.* 3. §. 1. *in fin. et* §. *præterea* 4. *eod.*

Puberes autem curatores suos.) En aquellas cosas en que se trata de un juicio privado, el pupilo necesita la autoridad del tutor, y el adulto el consentimiento del curador para intentar ó contextar el pleyto, *l.* 2. *C. qui leg. pers.* La acusacion pública está absolutamente prohibida á los pupilos, *l.* 8. *de accus.*, á no serla que especialmente se les ha concedido, para que con consejo de su tutor puedan acusar la muerte de su padre, *l.* 1. §. 1. *de tit.* Tampoco los adultos pueden, regularmente hablando, entablar un juicio público, *l.* 4. *C. de auct. præst.*, aun

(d) L. 2. tit. 1. P. 7.
(e) D. l. 2. tit. 18. P. 6. vers. *Pero el mozo.*

que pueden con el ausilio de su curador hacerlo, si reclaman la satisfaccion de injurias propias ó de sus parientes, *l. si maritus* 15. §. *lex Julia* 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 7. *C. eod. l.* 11. *de accus.* Gloss. *in d. l.* 4. *C. de auct. præst.*; por lo que si en esto queremos asemejar la acusacion del sospechoso á la acusacion pública, podremos decir que nada hay de especial en el caso propuesto; pues que el menor reclama contra una injuria propia al acusar como sospechoso á su curador.

Ex consilio necessariorum). Cuya voluntad sigue en esto el menor; pero si ellos no quieren consentir en la acusacion, el juez á quien el menor acude deberá procurarque este no sufra detrimento ninguno, *arg. l. si cum dotem* 22. §. *nec non* 7. *et* Bart. *solut. matrimon.* Cantiuncul. y Myns *hic.*

TEXTO.

Qui dicatur suspectus.

5. Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed et anteaquam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit, et secundum eum constitutum est.

TRADUCCION.

Quienes sean llamados sospechosos.

Es sospechoso aquel que no administra con fidelidad la tutela; aun cuando tenga para pagar, como escribió tambien Juliano, y aun antes de empezar á administrar la tutela puede el tutor ser removido como sospechoso, segun dice el mismo Juliano, y conforme á esto está establecido (a).

COMENTARIO.

En este párrafo nos enseña en general el emperador quienes sean sospechosos, y como se conoce ser tales. Dice ser sospechoso aquel que no desempeña con fidelidad la tutela; lo que entenderémos ser asi no solo, cuando alguno administra las cosas del pupilo fraudulenta y astutamente con objeto de proporcionarse lucro ó comodidad, sino tambien cuando lo hiciere con negligencia ó descuido, sin aquella integridad y solicitud que conviene, *l.* 3. §. *ult. h. tit. l.* 5. *Cod. eodem.* Ni le sirve de nada al tutor el que tenga para pagar, el que haya afianzado, ni el que se ofrezca á hacerlo; pues que se debe considerar sospechoso, no por el patrimonio que tenga, sino por sus costumbres, *l.* 5. *l.* · *eod. d. l.* 5. *C. eod.* §. *ult. inf. eod.*; y es siempre mas útil al pupilo mirar por él, de modo que no sufra daño ninguno, que no el que despues se vea precisado á reclamar la indemnidad, *arg. l. ult. C. in quib ca. in int. rest. non est nec.*, lo que nuestro Papiniano expresa en estos términos: *Expedit pupillo rem suam salvam habere, quàm tabulas rem salvam fore cautionis, d. l.* 5. *eod.*

Anteaquam tutelam gerere incipiat.) Por ejemplo, sino quiere afianzar. *l.* 1. *l.* 3. *C. de tut. qui sat. non ded.*; ó fuera contumaz, *l.* 3. *C. hoc tit.*, ó por descuido ó negligencia no se encargase de la administracion, ó dolosamente hiciese de modo que no pudiese encargarse de ella, *l.* 4. §. *ult. eod.*; y en general siempre que hubiese alguna justa causa por la cual parezca deber ser removido, *arg. l.* 3. §. *si tutor* 12. *eod.* Vinn. Pertenecen aquí los casos de los párrafos 9 y 10 de este tit.; como tambien las costumbres que inducen sospecha de negligencia ó dolo, §. *ult. h. tit.* Hein.

TEXTO.

De effectus remotionis.

6. Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est: si ob culpam non æquè.

TRADUCCION.

Del efecto de la remocion.

Si uno fuere removido como sospechoso por dolo, es infame; mas no asi si lo fuere por culpa (b).

NOTAS.

6. *Ob dolum famosus*). *L.* 1. *D. de his qui not. infam.* Debe con todo, expresarse la causa en el decreto; de otra suerte quedaría ilesa su fama al salir de la tutela, *l.* 4. §. 1. *et* 2. *D. h. tit.*

Ob culpam non æquè.) Esto es por descuido incuria, negligencia, ineptitud ó impericia, *l.* 3. §. *ult. eod.* Teófilo dice διὰ ῥαθυμίαν, esto es, por negligencia. Que sucederá, empero si se acusa al tutor de una negligencia lata? Parece que en este caso no quedará ilesa su reputacion, pues que semejante negligencia se aproxima al dolo, *l.* 1. §. 5. *D. de obl. et act. l.* 32. *D. depos.* Vinn. Elegantemente esplica esta *l.* 7. §. 1. *ff. h. t.* Hubero por la ley 32. *ff. depos.*, la que distingue si el depositario es diligente en sus propias cosas ó desidioso en alto grado: véanse las *Prælect. ad Inst. h. tit.* §. 7. Hein.

(a) L. 1. tit. 18. P. 6.

(b) L. 4. tit. 18. P. 6.

COMENTARIO.

1. *La palabra* culpa *es general y especial.*
2. *Explicamos brevemente las diversas especies de culpa.*
3. *Si el removido por culpa lata se hace infame?*

En fin de la acusacion es la remocion con todo, segun la cualidad de la causa y del delito, unos son simplemente removidos; otros con infamia; otros de otra manera, y algunas veces son castigados con mayor gravedad. Quienes sean removidos con infamia ó sin ella nos lo manifiesta este párrafo y las penas que están establecidas contra cada uno de ellos el §. *si quis tutor*. 9. *et* 2. *seq. inf. eod.*

1. *Si quidem ob dolum.*) Dice que el removido por causa de dolo se hace infame, mas no así el que lo ha sido por culpa. Doló es cierta astucia y maquinacion dirigida al engaño de otro, *l.* 1. §. 2. *de dol.* Culpa es todo hecho con el que se perjudica á otro pero ἀπροαιρέτως, esto es sin ánimo ni propósito de engañar. Aunque, pues, generalmente bajo la palabra culpa se comprende tambien el dolo, Cic. *lib.* 1. *de offic. ca.* 26. *Cavendum ne major pœna sit, quam culpa*, y en la ley Aquilia consta que en la culpa viene tambien comprendido el dolo, *l.* 5. §. 1. *l.* 50. §. *pen. ad l. Aquil.*; con todo, tomada en un sentido especial se diferencia como un hecho indeliberado de otro deliberado y malicioso.

2. Tres especies de culpa se conocen en nuestro derecho; á saber, la lata, la leve y la levísima. La culpa lata es el no prever, ni prevenir lo que todos aquellos que están dotados de sentido comun previenen y conocen que deben cuidar, *l. cedere diem* 213. §. *ult. l. latæ* 223. *de verb. sign. l. quod Nerva* 32. *depos. l. p.* §. 2. *de jur. et fac. ign.* Y esta especie es la que muchas veces por perífrasis se llama culpa próxima al dolo, *l.* 8. §. 3. *de precar. l.* 8. *de edend. l.* 1. §. 2. *si is qui test. lib.* La leve es la omision de aquella diligencia que los hombres cuidadosos acostumbran á poner en sus cosas, *l. hæredes* 25. §. *non tantum.* 16. *fam. ercisc. l.* 1. *de tut. et rat. distr. l.* 8. §. 4. *de obl. et act.* La levísima es la omision de aquella diligencia que acostumbra á poner en sus cosas un padre de familias diligentísimo; y ordinariamente se significa por oposicion cuando se dice simplemente que debe prestarse la diligencia, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur.*; en cuyo lugar como mas oportuno explicarémos esto con mayor latitud.

3. Al decir culpa no entiende aqui el emperador la lata, sino la leve; pues que aquella excepto en la imposicion de la pena corporal en los delitos, *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar*, siempre se equipara al dolo por interpretacion del derecho, *leg magna* 226. *de verb. signif. d. l. quod Nerva* 32. *dep. l.* 1. §. 1. *si mens. fals. mod. l.* 8. §. 3 *de prec. l.* 1. §. *is quoque* 5. *de obl. et ac.*, y aun en las causas famosas, *l.* 11. §. *ult. de his qui notant. infam. leg. probrum* 42. *in fin de verb. signif.*, y hasta en la accion penal, *l.* 1. §. 2. *si is qui test. li.*; por lo que aunque solo se dice prestarse el dolo, con todo se entiende tambien lo mismo de la culpa lata, *l. contractus* 23. *de reg. jur. l.* 5. §. 2. *commod.* §. *pen. infr. quib. mod. re cont. ob.* Ni se opone á esto el que la palabra *culpa* se oponga aqui simplemente y sin distincion al dolo, pues todas las veces que se hace esto y siempre que se pone la palabra *culpa* absolutamente, se significa tan solo la leve segun el uso del derecho, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 11. *de neg. gest. l.* 5. §. 3. *de in lit. jur. l.* 1 §. *sæpe* 35. *depos.* con otras semejantes. Malamente, pues, se objeta el que en caso de duda debe preferirse la opinion mas benigna, *l. semper* 56. *de reg. jur.* Ni el que las penas de las leyes deben suavizarse con la interpretacion, *l. pen de pœn.*, y restringirse las cosas odiosas, *Cod. odia. Pand. de reg. jur. in* 6.; pues que cuando se trata del sentido de los autores del derecho debe principalmente atenderse al uso, *l.* 7. §. *de sup. leg.*; y aquí se trata del uso de esta palabra, no de ampliar su sentido por medio de la interpretacion. La equiparacion que hacen algunos de la perdida de la fama y de la reputacion con la pérdida de la vida no es adecuada como se evidencia por la *l. capitalium* 28 *de pœn.* Ciertamente, en algunos casos una causa famosa se compara con la capital, como en la ley 9. *de man. vind. l.* 8. §. 2. *quod. met cau.*, pero es sabido que esto se hace solo con respecto á alguna cosa determinada; en *d. l.* 9. con referencia á la causa de manumision que debe alegrarse y probarse ante el consejo, y en *d. l.* 18. §. 2. por razon del medio ó de la eleccion. Esto, empero no puede tener lugar aqui; pues no preguntamos lo que el tutor teme ó elige, sino lo que merece. Concluimos, pues, que el tutor removido se hace infame; no solo si fuere removido por su dolo, á causa de que hubiese desempeñado mal la tutela ó administrándola sordidamente y en perjuicio del pupilo, ó bien hubiese sustraido alguna de las cosas pupilares, *l.* 3. §. *nunc videamus* 5 *h. tit.*; sino tambien en el caso en que fuere removido por su culpa lata; por ejemplo porque siendo diligente en sus cosas propias, es muy descuidado en las del pupilo, por

semejante negligencia es próxima al dolo, *l.* 7. §. 1. *eod.*; y por interpretacion y efecto del derecho es lo mismo que este, *d. l. quod Nerva* 32. *depos. l. magna.* 226. *de verb. sing.* Aquellos, empero, que son removidos por culpa leve, á saber; por su descuido, impericia, desidia, sencillez ó ineptitud no sufren perjuicio en su reputacion, *d. l.* 3. §. *ult. h. t.*; lo quo ya antiguamente enseñó Claudio Canciuncola contra muchos intérpretes que niegan que la culpa lata irrogue infamia; en cuyo número se cuentan Schneidio y Wesembecio. Lo que sí es cierto es, que debe expresarse la causa de la remocion en el decreto, pues si no se expresare quedará ilesa la reputacion del removido, *l.* 4. §. 1. y 2. *eod.*

TEXTO.

De effectu accusationis.

7. Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.

TRADUCCION.

Del efecto de la acusacion.

Si alguno fuere acusado como á sospechoso se le prohibe la administracion hasta tanto que se haya concluido el conocimiento de la causa, como le pareció á Papiniano (a).

COMENTARIO.

Pendiente la acusacion se prohibe al tutor la administracion, é interinamente se nombra para ella otro en su lugar, *l. eum quem* 7. *C. hoc tit.*; verificándose esto por la sola acusacion de sospechoso, sin intervencion del decreto, *l. quod si* 14. §. 1. *in fin. de solut.* Y muy bien; pues así como fuera injusto remover enteramente al acusado, pero no convencido de sospechoso; así tampoco conviene que aquel que ha sido acusado, entablado el pleito persevere en la administracion. Digo entablado el pleito, pues que no desde luego de alegada la causa de la sospecha se le quita interinamente al tutor la administracion, sino tan solo cuando concurren algunos indicios sobre los que haya sido oido el tutor y contextado el pleito; lo que tambien dijeron muchos doctores, y lo prueba Anton. Fab. *C. suo defin.* 2. *de susp. tut.*

TEXTO.

Quibus modis cognitio finitur.

8. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, postea que tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

TRADUCCION.

De que manera se acaba la acusacion.

Si se hubiere empezado el conocimiento del crímen de sospechoso, finirá desde luego que el tutor ó curador muriere.

NOTAS.

Extinguitur susp. cong). Tambien si concluyere la tutela de algun otro modo se acaba la acusacion, *l. pen. D. eod. l.* 1. *C. eod.*, y si el pupilo hubiere experimentado algun daño puede resarcirlo por medio de la accion de tutela, *l.* 4. *D. de tut. et rat. dist.* Vinn. Mas como esta razon cesa si el tutor se hubiese hecho sospechoso por un hecho mas culpable, y que mereciese mayor castigo, no sin fundamento me parece poder deducirse que en este caso no se acabará la acusacion, aun cuando interinamente haya finido la tutela. Hein.

COMENTARIO.

En esta acusacion no se pide que se adjudique alguna cosa al pupilo de los bienes del tutor; sino tan solo el que este sea removido de la tutela, despues de la cual si el pupilo hubiese experimentado algun perjuicio por la mala administracion de aquel, podrá indemnizarse por medio de la accion de tutela, para dar lugar á la cual, se instituye la acusacion de sospechoso; pues durante la tutela no puede entablarse, *l.* 4. *de tut. et rat. distr.* Consiguiente á esto es que de cualquier modo que se acabare la tutela, concluye tambien el conocimiento del crímen de sospechoso, aunque se hubiese entablado anteriormente, *l. pen. C. h. t.*; en lo que se asemeja esta acusacion á la criminal; pues tambien esta, aun despues de empezado el juicio se acaba regularmente con la muerte del reo, *l. ult. ad Jul. maj. l.* 1. *l.* 2. *C. si reus vel act.*; pero en una causa civil, aunque tambien se pida la pena, la accion producida una vez en juicio queda siempre integra, y pasa *in solidum* al heredero, *l. omnes* 26. *de obl. et act. l. omnes* 139. *de reg. jur.* §. 1. *inf. de perp. et temp. act.*

TEXTO.

Si tutor copiam sui non faciat.

9. Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola Divorum Se-

(a) L 3 tit 18 P 6.

veri et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur: et quæ mora deterior futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.

TRADUCCION.

Si el tutor se ocultare.

Si el tutor se ocultare, á fin de que se decreten alimentos al pupilo se dispone por la epístola de los emperadores Severo y Antonino, que el pupilo sea puesto en posesion de los bienes de aquel; y se manden vender por medio de curador aquellos que por causa de la tardanza pueden deteriorarse. Luego puede ser removido como á sospechoso aquel que no presta alimentos.

NOTAS:

6. *Copiam sui non faciat*). Ya ocultándose ó ausentándose dolosamente ó sin justa causa, *l.* 3. *l.* 7. §. 2. *l.* 2. *D. h. tit.*

Ergo ut suspectus). Muy bien dice *ergo*; pues sino puede ser removido no hay razon para que se ponga al pupilo en posesion ó se dé curador á los bienes del tutor. Cuyacio.

COMENTARIO.

Como que no han de señalarse temerariamente, sino con conocimiento de causa alimentos al pupilo, para lo que el pretor debe tener en cuenta las facultades de este que el tutor está obligado á manifestar, *l.* 3. *ubi pup. educ.*: por esta causa se ha establecido una pena peculiar contra aquel tutor que para que no se señalen alimentos al pupilo se oculta; á saber, la misma que se impone á los deudores que se ocultan; esto es, que el pupilo con objeto de conservar la cosa sea puesto en posesion de los bienes del tutor; del mismo modo que lo seria el acreedor en la de los bienes del deudor, que estando ausente no se defiende por el edicto *quib. ex caus. in poss. bon. eat.*, aunque aqui se concede mas al pupilo que á los otros acreedores; pues á estos desde luego que están puestos en la posesion, solo se les entrega la nuda custodia y cuidado de las cosas, *l.* 12. *quib. ex caus in poss.* hasta que por contumacia de aquel que se obstina en no presentarse, el pretor con consentimiento de los acreedores y nombrando un curador permite que se vendan los bienes, *tot. tit. de cur. bon. dand.* Mas el pupilo despues de puesto en la posesion puede, habiéndosele dado curador, pasar á la venta de aquellas cosas del tutor que pueden deteriorarse con el tiempo; con el objeto, segun pienso, de que con el dinero sacado de dicha venta pueda atenderse á los alimentos del pupilo. Si aun por este medio y llamado por edictos el tutor no pudiere ser obligado á que venga y se presente; entonces no solo conviene que se le remueva como á contumaz, sino tambien como á sospechoso; lo que con todo debe hacerse muy rara vez y despues de una diligente inquisicion segun Ulpiano, *l.* 7. §. *pen. et ult. h. tit.*; y este es tambien el sentido de este párrafo y de la *l.* 3. §. *tut.* 14. *eod.*

TEXTO.

Si neget alimenta decerni posse, vel tutelam redemerit.

10. Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad præfectum urbi puniendum placuit: sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelæ acquisierit, vel redemerit.

TRADUCCION.

Si negare que puedan darse alimentos al pupilo ó redimiere la tutela.

Si alguno estando presente dijere que no pueden darse alimentos por pobreza, si mintiere en esto debe remitirsele para ser castigado al Prefecto de la ciudad, como tambien debe ser remitido al mismo aquel que por medio de dinero adquiere el ministerio de la tutela ó se exime de él (a).

NOTAS.

10. *Alimenta posse decerni*). Es decir, por el pretor, á quien compete la facultad de señalar los alimentos en proporcion á los bienes del pupilo, *l.* 3. *D. ubi pup. educ.*

Ad præfectum urbi). *L.* 3. §. 15. *D. h. t.* Para ser castigado extraordinariamente y con penas corporales, εἰς τὸ σῶμα; lo que es de mero imperio; cuyo poder no tiene el pretor, sino tan solo el prefecto de la ciudad por lo que es á él á quien se remite al tutor como se ve en otras partes, *l.* 9. §. 7. *D. de off. præf. urb. l.* 2. *D. de suspect. tut.*

Data pecunia ministerium tutelæ). Cuyacio pone: *Data pecunia ministeriis, tutelam redemerit*; segun *d. l.* 3. §. 15., entendiendo por *ministeriis* los oficiales y ministros del pretor. Vinn. Parece que estaba escrito: *qui data pecunia ministeriis m.* (Esto es *Magistratuum*) *tutelam adquisierit*. En la *l.* 3. §. 15. *h. tit.* se dice: *aquellos que se libraren de la tutela corrompiendo á los ministros del pretor*; por lo que pienso que Triboniano en vez

(a) L. 1. al fin. tit. 18. P. 6.

de pretor puso magistrado, habiéndose, segun parece la primera letra de esta palabra unido á la antecedente, de cuya union se formó la palabra *ministerium*. HEIN.

TEXTO.

Del liberto fraudulenter administrante.

11. Libertus quoque si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur; ad Prefectum urbi remittitur puniendus.

TRADUCCION.

Del liberto que administra fraudulentamente.

El liberto á quien se probará que administra fraudulentamente la tutela de los hijos ó nietos de su patrono, tambien debe ser remitido al Prefecto de la ciudad para ser castigado.

NOTAS.

11. *Libertus quoque*). Ulp. *l.* 2. *D. h. tit. l.* 10. *C. de adm. tut.*

COMENTARIO.

Dijimos no hace mucho que los tutores, segun la cualidad del hecho eran removidos, ó simplemente, ó con infamia, y que alguna vez tambien se les imponia una pena mas grave; lo que sucede en los casos siguientes: si estando presente el tutor niega que puedan señalarse alimentos al pupilo por su pobreza, y nombrado abogado al pupilo se le convence de mentira: si alguno se librare de la tutela, corrompiendo á los oficiales del pretor; y si el liberto administrare fraudulentamente la tutela de los hijos del patrono; cuyas tres causas se proponen en estos párrafos, copiados de la *l.* 2. *y l.* 5. §. *sed si non* 15. *h. tit.* Hay, con todo, muchas mas, como si uno habiendo recibido dinero procuró que se nombrase al pupilo un tutor no idóneo: si de propósito disminuyó la cantidad al poner de manifiesto el patrimonio, ó si se prueba que ha enagenado con un fraude manifiesto los bienes del pupilo *l.* 4. §. *solen* 7. *de off. præf. urb. l.* 9. *de tutel.* De todos estos se dice que merecen una pena mas severa que la infamia de los sospechosos, y por esto se acostumbraba enviarles al prefecto de la ciudad para castigarlos extraordinariamente y con una pena corporal; pues que la facultad de imponer multas ó penas pecuniarias compete tambien al pretor y á los demas que tienen jurisdiccion, *l.* 2. §. *ultim. de judic. l. aliud est fraus* 131. §. 1. *de verb. sign.*; empero, un castigo mayor ó el mero imperio pertenece al prefecto de la ciudad, *d. l.* 4. *de off. præf. urb.*

TEXTO.

Si suspectus satis afferat: et quis dicatur suspectus.

12. Novissimè autem sciendum est, eos qui fraudulenter tutelam administrant, etiamsi satis offerant, removendos esse à tutela, quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimveró tutor vel curator, quamvis pauper sit, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

TRADUCCION.

Si el acusado de sospechoso se ofreciere á afianzar; y quien sea llamado sospechoso.

Por último, debe saberse que aquellos que administran fraudulentamente la tutela, aunque afiancen deben ser removidos, porque la fianza del tutor no muda su mal propósito; sino que tan solo facilita el poder malversar por mas tiempo los bienes del pupilo. Tambien consideramos como sospechoso á aquel que por sus costumbres es tal; empero, un tutor ó curador fiel y diligente, aunque pobre no debe ser removido como sospechoso (a).

NOTAS.

Etiamsi satis offerant). Pues conviene mas al pupilo conservar íntegras sus cosas que no tener una caucion, *l.* 5. *D. h. tit. l. ult C. in quib. ca. in int. rest.*

Diutius grassandi). Calistrato. *l.* 5. *D. h tit.*

Etiam eum. L. 8. *D. eod.* Los antiguos en vez de *etiam* decian *enim* y Teófilo tambien dice γάρ, esto es, *pues*. Las costumbres son las que inducen la sospecha; no la falta de bienes.

Quamvis pauper). Ningun hombre, por otra parte fiel y diligente debe ser acusado como sospechoso ni removido como á tal por sola su pobreza, *l.* 5. *C. eod.*; pero puede agregársele un curador si los bienes del pupilo peligran, *l.* 6. *C. eod.*; ó ser removido sino afianzare, *l.* 2. *C. de tut. qui sat. non ded.*

COMENTARIO

Etiamsi satis offerant). Sobre esto se ha

(a) L. 1. al fin tit. 18. P. 6

hablado en el §. *suspec. tu. 3. sup. eod*. Del mismo modo que ni las riquezas ni las fianzas libran al tutor de las sospechas, tampoco por el contrario las induce su sola pobreza; pues aunque el pobre que manifiesta no poder sostener la carga de la tutela suele excusarse; §. *sed et propter paupertatem* 6. *titul. præced*.; ó aunque debe ser removido aquel que á causa de su pobreza no puede afianzar, *l*. 3. *C. de tut. qui sat. non ded*.; en ningun caso, empero, puede un hombre por otra parte fiel y diligente, ser acusado de sospechoso y como á tal ser removido por sola su pobreza; pues las costumbres y no la falta de bienes son las que inducen las sospechas, *l*. 8. *h tit*. *l*. 5. *Cod. eod. l. si creditores* 31. §. 1. *de reb. auc. jud. poss*.

« En España se hace sospechoso el tutor ó « curador: 1.° Cuando no defiende al pupi« lo debidamente en juicio y fuera de él. 2.° « Cuando le trata con crueldad ó le enseña « malas costumbres. 3.° Cuando falsamente « dijere ante el juez que no tiene con qué « alimentar al huérfano. 4.° Cuando habien« do sido tutor ó curador de otro malversó « su hacienda ó le enseñó malas costumbres. « 5.° Cuando resultare ser enemigo del pu« pilo, ó de sus parientes. 6.° Cuando no « hiciere inventario ú ocultare en él malicio« samente alguna cosa. 7.° Cuando sabiendo « su nombramiento se ocultare sin querer « presentarse. 8.° Cuando vendiere ó empe« ñare sin decreto judicial alguno de los bie« nes ó alhajas que no pueden enagenarse sin « dicho requisito. 9.° Cuando de cualquier « otro modo causare perjuicios al huérfano ó « á sus intereses. *L*. 1. *tit*. 18. *P*. 6. »

FIN DEL LIBRO PRIMERO.

COMENTARIO

ACADÉMICO Y FORENSE

DEL JURISCONSULTO ARNOLDO VINNIO,

SOBRE EL SEGUNDO LIBRO

DE LAS INSTITUCIONES IMPERIALES.

CON NOTAS ACERCA DEL TEXTO.

TITULO PRIMERO.

De la division de las cosas y de los modos de adquirir el dominio de las mismas.

CONC. CON EL LIB. 1. TIT. 8. LIB. 41. TIT. 1. DEL DIG. Y CON. EL. LIB. 8. TIT. 34. DEL COD. (a)

Razon del método y resúmen del tratado del derecho de las cosas.

Vista la cualidad y diferencia de los hombres y explicados los derechos que competen à cada cual segun su condicion, que es el primer objeto de los tres sobre que versa todo el derecho, pasa el emperador al segundo que comprende las cosas; de modo que segun exige la ley del método explica todas las cosas por el órden en que las propuso, §. *ult. sup. de jur. nat. et gent.* Tiene este titulo un doble epigrafe; á saber, *de la division de las cosas y del modo de adquirir el dominio de las mismas*, pues lo que se trata en dos distintos títulos en las Pandectas, lo comprende Justiniano en uno solo en las Instituciones. Mas como las cosas solo pueden reducirse á propiedad particular en cuanto lo permite su naturaleza y condicion, las divide en primer lugar de varios modos, para que conocida asi la diferencia que hay entre ellas se entiende mejor el derecho que tenemos en las mismas, (bajo cuyo aspecto el tratado de las cosas es propio del jurisconsulto). En seguida propone y trata de los modos con que cada uno puede adquirir las cosas, empezando por aquellas que estan en nuestro dominio, ó en las que tenemos otro derecho tambien real; tratándose al último de las obligaciones en el *tit.* 14. *lib.* 3.

TEXTO.

Continuatio et duplex rerum divisio.

Superiore libro de jure personarum exposuimus: modò videamus de rebus, quæ vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum; quæ ex viriis causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

TRADUCCION.

Continuacion y dos divisiones de las cosas.

En el libro anterior tratamos del derecho de las personas: hablemos ahora de las cosas que estan en nuestro

(a) Tit. 28. P. 3.

patrimonio ó fuera de él; pues hay algunos que por derecho natural son comunes de todos, otras públicas, otras de una universidad; algunas que no son de nadie, y muchas que pertenecen á los particulares; las cuales se adquieren de varios modos, como se verá en lo sucesivo (a).

NOTAS.

In patrimonio). Esto es, en los bienes. En nuestros bienes, empero, no solo están las cosas corporales, sino tambien las incorporales y derechos, *l.* 49. *de verb. sig. l.* 52. *de acq. rer. dom.*, y tambien las servidumbres, *l.* 5. §. 9. *D. de op. nov. nunt. tit. si us. pet. et si serv. vind. et de itin. act. priv. l.* 3. *et* 4. *quæ in fraud. cred.* Ni obsta la *l.* 1. *D. de usuf. leg.* porque en ella Paulo no habla de un derecho ya establecido sino de uno que aun se ha de establecer, el que dice que no está en los bienes porque el señor no tiene semejante derecho formal; ni tampoco fuera de ellos porque lo tiene al menos causalmente, como hablan vulgarmente.

Quædam nullius). Entiende las cosas de derecho divino, de las que por excelencia se dice que no son de nadie.

Pleraque singulorum). Esto es, todas aquellas cosas que están en nuestro dominio ó cuasi dominio, y cualquier derecho *in re ó ad rem.*

COMENTARIO.

1. *Si en realidad existe una tercera especie de cosas que no estén en nuestros bienes ni fuera de ellos?*

De rebus). La division de los objetos del derecho nos enseña lo que aquí se significa con la palabra cosa, (la que por otra parte es general); á saber; todo aquello que no siendo persona ni accion puede servir para el uso, ó utilidad del hombre ya sea de derecho divino, ya de derecho humano; ya de derecho público, ya de derecho privado, ya cosa corporal, ya incorporal; ya dominio ú otro derecho *in re* diverso y distinto de este, ó bien obligacion; pues que tambien esta como que es una cosa que está en nuestros bienes pertenece aquí, segun manifestarémos con muchas razones en el título de las obligaciones *lib.* 3.

1. *Vel in nostro patrimonio vel extra*). Con la palabra *patrimonio* parece significarse propiamente aquellos bienes que tienen los hijos por la herencia paterna. Con todo, la costumbre de hablar ha hecho que con dichas palabras se entienda todo aquello que tiene un padre de familias; por lo que, estar en el patrimonio ó en los bienes es una misma cosa. Hay algunos á quienes esta division parece manca, por deber ponerse una tercera especie de cosas que no están en nuestros bienes ni fuera de ellos, á cuya especie segun Paulo *l.* 1. *de usufr. leg.* pertenecen las servidumbres. Mas nunca oí cosa mas sutil. Como dirémos que no esté en nuestros bienes aquella que los aumenta á la par que nuestro patrimonio, *l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunt.*, aquella cosa que me está obligada en prenda por un crédito, segun la *l.* 12. *de pign.*, aquello que el señor del prédio dominante adquiere muchas veces á mucho coste, y que el dueño del predio sirviente quiere redimir tambien por mucho precio, y para la persecucion y conservacion de lo cual se ha concedido por el derecho una accion peculiar y otros remedios? *l. rem in bonis* 52. *de acq. rer. dom. l. bonorum* 49. *de verb. sign.* §. 2. *inf. de act. leg.* 6. §. 1. *et ult. si serv. vind. d. l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunt. tit. de itin. act. priv. et aq. quot. et æst.* Porque, pues, por medio de la accion Pauliana se reclaman las servidumbres perdidas por el no uso fraudulento, *l.* 3. *et* 4. *quæ in fraud. cred.*, cuando dicho edicto solo se refiere á aquellos que disminuyen su patrimonio en fraude de sus acreedores? *l.* 6. *eod.* Y por qué dirémos con preferencia de las cosas incorporales que están en los bienes, y no de las servidumbres? Ciertamente no hay ninguno de los antiguos, á quien le pasase por las mientes el decir que una servidumbre constituida y adquirida no estaba en los bienes de aquel en cuyo favor se habia constituido, ni Paulo mismo pensó tal cosa; pues en *d. l.* 1. no habla de un derecho ya constituido, sino del que ha de constituirse aun, estando á pesar de esto, toda esta cuestion fundada en una mera sutileza. Legó uno el uso ó usufructo de la servidumbre de senda por su fundo: Paulo niega que este legado subsista, porque la razon del derecho no permite que se constituya una servidumbre de servidumbre, y dice que no es útil por el Senadoconsulto que dispone que puede legarse el usufructo de todas las cosas que están en nuestros bienes; porque no tuvo semejante derecho formalmente y por separado, aunque como señor tenia el derecho de ir por su fundo, y podia separarlo del dominio concediéndolo á otro bajo una cualidad diferente, ó bien prohibiéndolo á aquel que quisiere hacer uso del mismo sin habérsele constituido á su favor la servidumbre; por cuya razon quizá añado que este derecho no está fuera de los bienes. Solo porque el se-

(a) L. 2 tit. 28. P. 3.

por como dije no tiene semejante derecho formal; esto es, separado del derecho de dominio á título de servidumbre, pues que ninguna cosa sirve á su dueño, *l. 5. si usufr. pet.* y alli con todo se propone el legado del uso de la senda como de un derecho separado y formal, niega que se haya legado el uso de una cosa que estuviese en los bienes del testador, pues que en realidad no estaba en ellos en el modo que dije, sino tan solo causalmente. Con todo, esta cuestion versa solo sobre una sutileza del derecho, segun confiesa el mismo Paulo cuando cree que debe admitirse este legado, ó sea la constitucion de esta servidumbre, prestando el legatarío la caucion de restituirla despues de su muerte ó capitis diminucion. VINN. Con todo, tambien los antiguos hablaban alguna vez de este modo acerca de las cosas corporales, las cuales negaban que existiesen y que estuviesen en el *dominio* y en *los bienes*. Sin embargo como que se comprenden intelectualmente y prestan utilidad, por esto se consideran no estar fuera de los bienes: véase al ilustre varon Ger. Noodt. *probab. lib. 2. cap. 5.* HEIN.

Quædam enim naturali jure communia). No es esta una nueva division, sino una explicacion de la primera; la que se hace con el objeto de que entendamos que las cosas que son de los particulares están en el patrimonio, y fuera de él las comunes, las públicas, las de universidad, y principalmente las que son de derecho divino. A algunos les parece mas propia para enseñar la division que hace Cajo en la *l. 1. h. tit.*, quien divide las cosas en unas que son de derecho divino y otras de derecho humano; aquellas no están en los bienes de nadie como son las cosas sagradas, religiosas ó santas; estas, ó son públicas, las cuales tampoco están en los bienes de nadie, ó privadas que lo están en los de los particulares; comprendiendo bajo un solo nombre las que aquí se dividen en comunes, públicas y propias de una universidad. En seguida de esta division pone otra, por la que distinguen las cosas en corporales ó incorporales, la que pone y explica Justiniano en el título siguiente. En Marciano *l. 2. h. tit.* se encuentra la division que aquí se propone, mutilada de un miembro como se ve por las leyes *4 y 5. eod.* VINN. Marciano no omite en su division las cosas públicas, sino que las comprende bajo el nombre de las comunes, pues estas y las públicas muchas veces se apellidan del mismo modo, *l. 24. ff. de damn. inf.* Por lo que, no parece mutilada en la *l. 2. ff. h. tit.*, sino ampliada en este párrafo por Triboniano un poco mas latamente: véase á Ger. Noodt. *Prob. Lib. 1. c. 7.* HEIN.

Pleraque singulorum). Esto es, las cosas que se llaman de los particulares; á saber, todas aquellas que están en nuestro dominio ó cuasi dominio, y otros derechos *in re* diferentes del dominio, ó que aun han de prestársenos en virtud de alguna obligacion; por lo que no malamente limitan algunos todo este tratado á dos puntos principales, uno de los cuales es el dominio, y otro la obligacion; comprendiendo bajo el primero todos los derechos que tenemos en la cosa ó sea los reales.

TEXTO.

De aere, aqua profluente, mari littore, etc.

1. Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc; aër, aqua profluens, mare, et per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen á villis, et monumentis, et ædificiis abstineat, quia non juris gentium, sicut est mare.

TRADUCCION.

Del aire, del agua corriente, del mar, de la playa, etc.

Por derecho natural son comunes á todos estas cosas; el aire, el agua corriente, el mar y por causa de este las playas del mar, pues á nadie se prohibe acercárse á la playa con tal que se aparte de las granjas, monumentos y edificios pues estas cosas no son de derechos de gentes como el mar (a).

NOTAS.

1. *Naturali jure communia*). Tambien estas cosas se dicen públicas generalmente, y Neracio, *l. 14. de acq. rer. dom.*, las define diciendo ser, aquellas cosas que la naturaleza creó para el uso de todos y que no han sido reducidas aun al dominio de nadie. Está sacado esto de la *l. 2. §. 1. et l. 4. D. eod.*

Aer, aqua profluens, etc.). El aire y el mar no se dividieron por derecho de gentes; sino que se quedaron en su estado y ser primitivos, Jo. Fabr. Ni tampoco pudieron dividirse, Grot. *de mar. lib. c. 5.*

Littora maris). Del mismo modo que el uso del mar es comun á todos, *l. 13. D. comm. præd.*, asi tambien á causa del mismo lo es el uso de sus playas, *l. 4. et 5. §. 1. h. t.*

Dum tamen á villis). La razon de esto es porque dichas cosas son de los particulares que ocuparon el lugar por medio de sus edi-

(a) L. 3. tit. 28. P. 3.

ücios, *d. l. 4. et leg. 6. ült. l. 14. de acq rer. dom. l. 4. ne quid in loc. publ.*

COMENTARIO.

1. *El uso de las cosas comunes es de todos, y se ha considerado siempre bárbaro el privar de él á ningun hombre.*
2. *Las cosas comunes se diferencian mucho de las que no son de nadie sin estar destinadas al uso comun.*
3. *Hasta qué punto pueden ocuparse las cosas que no son de nadie, y que derechos da al ocupante su ocupacion?*
4. *Del dominio del mar que actualmente vindican algunas naciones para sí hasta cierta distancia y en los golfos vecinos.*
5. *Qué impuesto puede exigirse de los navegantes?*

1. Las cosas que son de derecho humano sin ser propias de las particulares; ó son comunes á todos los hombres, ó propias de alguna nacion ó pueblo, y estas se llaman *in specie* públicas, ó de cierto pueblo ó corporacion á la que se dá el nombre de universalidad. Las comunes son aquellas que destinadas por la naturaleza al uso de todos no han sido reducidas al poder ó dominio de nadie: así las define generalmente Neracio, *l. 14. h. t. de acq. rer. dom.* A ellas pertenecen principalmente el aire y el mar, que ya por su inmensidad, ya por el uso que corresponde en comun á todos, no se dividieron por derecho de gentes, sino que se dejaron en su ser y estado primitivos como dice Juan Faber; y por lo tanto ni pudieron dividirse. Y esto es lo que dicen nuestros doctores que el aire y el mar no pudieron aplicarse á los bienes de ningun pueblo por ser infinitos é ilimitados, Jo. Fab. §. *littorum* 5. *inf. eod.* Grot. *de mar. lib.* c. 5.; y lo mismo se dice del agua corriente; esto es, el agua perene que recogida con las lluvias, ó nacida de las entrañas de la tierra tiene un curso perpétuo y forma un rio ó arroyo que nunca se seca. Ultimamente, tambien se consideran comunes las playas del mar á causa de este, *l. 2. §. 1. l. 4. h. t.* En estas cosas hay dos facultades que competen á todos por derecho natural: la primera es el uso comun á todos de las mismas para cuyo uso han sido destinadas por la naturaleza; y la segunda que si naturalmente puede ocuparse una parte de ellas se hace del ocupante, en cuanto por dicha ocupacion no se perjudique el uso comun. Acerca del uso del aire no hay duda ninguna; pues sin él nadie puede vivir, ni respirar. El agua corriente está destinada por derecho natural y concedida á cada cual para lavar y beber: el uso del mar por derecho de gentes es libre y comun á todos para navegar y pescar, *l. 3. §. 1. ne quid in loc. pub.* Por lo que, si alguno prohibiera á otro el pescar ó navegar en el mar podrá ser reconvenido por la accion de injurias, *l. 2. §. si quis 9. d. tit. l. 13. §. ult. de injur.* Las playas siguen la naturaleza del mar, y por consiguiente cualquiera puede acercarse á ellas, abordar, allí atracar el barco y repararlo; recoger lo que hubiere arrojado al mar durante la tempestad ó perdido en el naufragio, sacar las redes, y levantar una cabaña ó choza para refugiarse interinamente, *l. 4. h. tit. l. littora 51. de contr. emp. l. 1. C. de naufr. lib. 11.* (a). Con tal, empero, que se aparte de las casas de campo, edificios y monumentos construidos en la playa; pues que estas cosas no son de derechos de gentes, *d. l. 4. h. tit.* Hasta tal punto es libre y comun el uso de estas cosas que se ha considerado en todas épocas como bárbaro y cruel el prohibirlo á las naciones extrañas; por lo que, con razon se queja de la injuria de los cartagineses el orador Ilioneo en Virgilio, *l. 1. Æneid. v. 543. sig.*

> *Quod genus hoc hominum, quæve hunc tam barbara morem.*
> *Permittit patria? Hospitio prohibemur arenæ.*
> *Bella cient; primaque vetant consistere terra.*

Y el mismo en el *lib. 7. v. 229.*, se dirige al rey Latino en estos términos.

> *Littusque rogamus*
> *Innocuum; et cunctis undamque auramque patentem.*

Finalmente Latona en Nason 6. *metam. v. 349.* habla así á los niños Lyceos.

> *Quid prohibetis aquas? usos communis aquarum est.*
> *Nec solem proprium natura, nec aëra fecit.*
> *Nec tenues undas; ad publica munera veni.*

Dice que estas cosas no están sujetas á propiedad por la naturaleza como Ulpiano en la *l. 13. comm. præd.*, y que por derecho natural son comunes á todos, porque fueron creadas por la naturaleza para el uso comun y no se redujeron aun al dominio de nadie, Cic. 1. *de offic. cap.* 6. Nerat. *l. 14. h. t.* Estas cosas son aquellas que los antiguos llaman comunes á todos por derecho natural ó lo que es lo mismo públicas de derecho de gentes, pues que su uso ya le llaman comun, ya público, *l. pen. h. tit. l. 2. §. 1. l. 4. ne quid in loc. pub. §. littorum 5. infr. h. tit. cum similib.*

(a) L. 4. tit. 28. P. 3.

2. Aun cuando dijimos muy bien que estas cosas por lo que hace á la propiedad no son de nadie, con todo, se diferencian muchísimo de aquellas que no son de nadie y no están destinadas al uso comun; como son las fieras, los pescados y las aves; pues que si alguno ocupare estas últimas puede reducirlas á propiedad; mas aquellas, por consentimiento de todo el género humano están exentas de ella, á causa del uso que siendo comun á todos no pueden ser arrebatadas por uno solo, mas de lo que puede serlo por un tercero una cosa que es mia. Y esto es lo que dice Ciceron, de que uno de los primeros deberes de la justicia es usar de las cosas comunes como á tales. Los escolásticos dirian que unas cosas estan en comunion positiva, y las otras en la negativa Thom. 1. 2. *q.* 94. *art.* 5. Cajetan. *tract.* 17. *quœst.* *c.* 12. Covar. *in cap. peccatum. de reg. jur. in* 6. *part.* 2. §. 8. Esto es lo que entendió el huésped en el Ateneo cuando dijo que el mar era comun; pero que los pescadores se hacian del que los ocupaba. Y en la comedia de Plauto *Rudent. act.* 4. *sc.* 3. *v.* 36. el pescador se conformaba á lo que decia el siervo, *de que ciertamente el mar es comun á todos*; pero añadiendo este último; *hémoslo hallado en el mar; luego es comun*; replicó muy bien; *lo que se ha cogido con mi red y mis anzuelos es mio y únicamente mio.*

3. Con todo, debe añadirse aqui la interpretacion de que si alguna de estas cosas puede ser naturalmente ocupada solo se hace del ocupante; en cuanto no se impide el uso público ó comun; lo que ha sido recibido así muy justamente; pues que cuando el uso comun no se impide cesa la excepcion que no permite el que las cosas sean reducidas á propiedad. El aire no puede ocuparse, á no ser que se ocupe tambien la tierra; ni tampoco el mar, á no ser una pequeña porcion de él que esté encerrada en un fondo privado, en cuyo sentido ha de tomarse la ley 14. *de injur.*; ó bien edificando ó arrojando piedras en los diques ó muelles: pues cuando esto se hace, el lugar y el edificio son de aquel que edificó, *l.* 2. §. *adversus* 8. *l.* 3. §. 1. *ne quid in loc. pub. l. ergó* 30. §. *ult. hoc. tit.* Cualquiera pueda ocupar por derecho natural un lugar que no esté ya ocupado en la playa, y por medio de la ocupacion lo hace suyo, como tambien lo que en él edificare, *l.* 6. *pr. hoc. tit. de rer. div. l.* 14. *l. quamvis* 50. *eod. de ecq. rer. dom. l.* 1. §. *si quod si* 18. *de op. nov. nunt.* Con todo, el lugar que se ocupa en el mar en la playa no se hace *simpliciter* y absolutamente del ocupante, sino tan solo mientras dura la ocupacion, ó subsiste el edificio; porque derruido este, el lugar vuelve á su estado primitivo, como por derecho de postiliminio, *d. l.* 6. *et d. l.* 14. §. 1. *l. prœscriptio* 45. *de usucap.* (a). Ni tampoco esta ocupacion y facultad de edificar está concedida *simpliciter*; sino segun lo exige la misma razon del derecho de gentes, con la tácita condicion de que no se deteriore ni impida el uso público de la playa ó del mar: *d. l.* 2. §. *adversus* 8. *l.* 3. *l.* 4. *ne quid in loc. pub.* (b). Ni creo se viole el derecho de gentes por alejar á los extrangeros de las playas que una nacion se ha apropiado, pues la naturaleza no hizo las playas para que todos siempre y promiscuamente tuvieran derecho de ocupar una parte de ellas; sino tan solo para que sirviesen al uso necesario del mar, esto es, á la navegacion. Y esto es lo que creo quieren decir estas palabras; *et per hoc.*, que no sin intencion se han puesto aquí y en la *l.* 2. §. 1. *hoc. tit.*; por lo que, aunque este uso por derecho de gentes siempre es comun é indiviso como el del mismo mar; con todo, el derecho que dije habia de edificar en la playa debe considerarse dividido por derecho de gentes, del mismo modo que se consideran divididas tambien las playas por el imperio, y sin dejar de ser públicas se han hecho propias de alguna nacion, *arg. d. l.* 3. *ne quid in loc. pub.* Así tambien Baron en este párrafo y *d. l.* 2. Don. 4. *comm.* 2. *et* 9.

4. Actualmente algunas naciones vindican para sí el dominio del mar cercano á sus costas: con todo, muchos impugnan esta opinion, aunque conceden que pueden tener cierto imperio en las costas y golfos vecinos; pero sin derecho de propiedad ni de dominio; ya porque por derecho natural se manda que el mar sea comun, y no tan solo se permite; ya tambien porque no es capaz de dominio no pudiendo ser ocupado ni poseido, siendo así que de la ocupacion y posesion deriva su origen el dominio de las cosas, *l.* 1 §. 1. *de acq. poss.* Grot. *d. c.* 5. de *mar. lib. et d. c.* 3. *n.* 13. *de jur. bell.* Con todo, piensa el mismo Grocio, *d. c.* 3. *num.* 10. que no obsta el derecho natural para que la porcion del mar encerrado en las playas de una nacion se haga propia de la misma, con tal; que esta parte del mar no sea mayor en comparacion al territorio, que la senda del mar comparado con la magnitud de un fondo privado. Poco há empero, Juan Seldeno varon dotado de una erudicion no comun dió á luz un tra-

(a) L. 3. tit. 28. P. 3.
(b) L. 4. d. tit. vers. De manera.

tado intitulado: *el mar cerrado, ó sea del dominio del mar;* en el cual se esfuerza á manifestar que el mar por derecho natural ó de gentes no es comun á todos los hombres, sino que es capaz de dominio privado ó de propiedad; lo mismo que la tierra, á cuya paradoja apenas puede contestarse segun Grot. *d. c.* 3. *mar. lib. et* 2. *de jur. bell. cap.* 2. *num.* 3.

3. Por lo demas, es cierto que no obra contra el derecho natural ni de gentes aquel que tomando á su cargo el proteger la navegacion contra las correrias de los piratas y el ausiliar á los navegantes por medio de fuegos nocturnos y señales de bajíos les impusiere una contribucion justa, tal como fué el impuesto romano en el mar Eritreo, del cual habla Estrabon *l.* 17. y el que se exigia en el mar de Bizancio, el que ya antiguamente habian los atenienses exigido en el mismo mar; haciendo mencion de entrambos Polybio, Grot. *d. c.* 3. *n.* 14.

TEXTO.

De fluminibus et portubus

2. Flumina autem omnia, et portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu, fluminibusque.

TRADUCCION.

De los rios y puertos.

Todos los rios y puertos son públicos; por lo que, todos tienen el derecho de pescar en los puertos y en los rios (a).

COMENTARIO.

1. *En que sentido se dice que el derecho de pescar en el rio es comun á todos?*
2. *No es lo mismo agua corriente que rio?*

La segunda especie de las cosas que no son de derecho privado se llaman públicas *in specie*, y son aquellas que aunque no estuvieron reducidos á dominio de nadie, con todo están divididas por el imperio y sujetas á la jurisdiccion y poder de alguna nacion. Digo jurisdiccion y poder; pues que aquellas cosas que son del patrimonio del pueblo como las minas, salinas, selvas y campos comunes, se llaman tambien públicas en consideracion á la persona del que las posee, *l.* 17. *de verb. sig. l.* 14. *h. tit. de acq. rer. dom.*; pero por cuanto el uso y derecho en virtud del cual se poseen son privados, *l.* 2. §. *hoc interdictum* 4. *ne quid in loc. pub.* (b) por esto no pertenecen aquí. De la especie de que aquí se trata son los rios, los puertos, el alveo del rio, mientras está ocupado por este, y en parte las riberas.

Flumina omnia). Esto es, los rios perenes; pues los torrentes que tan solo llevan agua durante el invierno, y se secan con los soles del estío no son publicos, *l.* 1. §. 3. *flum.*, ni pueden propiamente llamarse rios, como muy bien dice Don, 4. *com.* 3. contra Hotomano 8. *obs.* 4. Marciano *l.* 3. *h. tit.* añade cautamente la palabra *casi ó pœne* á saber, διὰ τοὺς χειμάῤῥους, esto es, á causa de los torrentes. Aquellos rios que solo tienen su curso por la misma nacion en la que tienen su origen son enteramente propios de la misma; mas los que bañan diversos paises son por partes propios de las naciones por cuyos territorios se dirigen al mar. VINN. De ahi es que si sirven de límites á dos naciones se consideran comunes; de modo que las islas nacidas en semejante rio; ó son comunes, ó propias de una de ellas, segun hayan nacido en medio del rio ó mas próximas á una de las riberas. Ziegl. *de jure Majestat. lib.* 2. *cap.* 15. HEIN.

Et portus). Puerto es un lugar cerrado y defendido en el mar ó en el rio, por el que se importan y exportan las mercaderias (c), bajo cuyo nombre se comprende tambien la bahía, que es un lugar destinado para recibir los barcos, para que puedan estar allí seguros contra los ladrones y la furia de las tempestades, *l. portus* 59. *de verb. signif. l.* 1. §. *stationem* 13. *de flum.* Entre los antiguos *portus* significa propiamente una isla, ó sea un edificio comprendiendo dentro de ciertos límites y separado de los contiguos, destinado á esconder y conservár las mercaderias; y por sinécdoque significa tambien cualquiera isla ó casa que tiene determinados límites, como en aquella ley de las 12 tablas. *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito.* Véase á Festo en las palabras *portus et insula.* Cujac. Brechæ. Goed. *ad. d. l. portus.*

1. *Jus piscandi omnibus commune*). El uso del rio es público por derecho de gentes, §. *riparum* 4. *inf. eod. l.* 4. *eod.*, y por tanto es lícito á todos navegar y pescar en un rio público, *l.* 1. *ut in flum. pub.* Lo mismo sucede con los puertos como se dice en este lugar y en *d. l.* 4. Dice: *es comun á todos*; á saber, á todos aquellos que son de la nacion cuyo territorio baña el rio, y hasta alli donde lo baña; de modo que en esto se di-

(a) L. 7. tit. 28. P. 3. y en ella Greg. Lop

(b) L. 10. tit. 28. P. 3.
(c) L. 8. tit. 33. P. 7.

ferencia este uso del de las otras cosas que son comunes á todos los hombres, como puede deducirse suficientemente de lo que se ha dicho. Ni hay quien dude que puede prohibirse á los extrangeros el uso de la navegacion y de la pesca en el rio.

2. Debe con todo hacerse diferencia entre el rio y el agua corriente; pues de ella nace la diversidad del uso de entrambos. El rio es un todo, un solo y mismo cuerpo que existe desde tiempo inmemorial, *arg. l. proponebatur* 76. *de judic*, y ha estado sujeto al imperio de aquellos en cuyo territorio está comprendido; empero el agua del rio no es siempre la misma, sino una ahora y otra despues; y siendo perpétuo su curso no puede encerrarse en un lugar ó sujetarse al poder de nadie, mas de lo que puede hacerse con el aire y el mar, mientras no se saque de la corriente. Segun esto podremos juzgar acerca del usó. El rio nos sirve para la navegacion y la pesca, cuyo uso está dividido por derecho de gentes en cuanto lo están los rios por el imperio; y por lo tanto no es comun á todos los hombres; sino tan solo público para aquellos en cuyo territorio está comprendido el rio; mas del agua del rio nos valemos para lavar, beber, abrevar el ganado, cuyos usos comunes estan concedidos á todos por derecho natural; véase á Ju. Fab. Baron. *ad. hunc. loc.* Don. 4. *comm.* 3. Nada se dice aquí de la facultad de edificar en el puerto ó en el rio. En aquel apenas puede suceder que se edifique sin incomodidad de los navegantes; mas en el rio es lícito edificar públicamente á cualquiera, y destruir lo edificado; con tal que se haga esto sin perjudicar á nadie, *l. fluminum* 24. *de damn. inf. l.* 4. §. *non autem* 12. *et* §. *deinde* 19. *de flum.* Cuyo argumento me induce á creer que tambien el edificio se hace propio del que lo costea, del mismo modo que los levantados en las playas ó en el mar vecino á ellas.

TEXTO.

Definitio littoris.

3 Est autem littus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

TRADUCCION.

Definicion de la playa.

1 *Es playa del mar todo el sitio hasta el que llegan en tiempo de invierno las olas mas gruesas* (a).

(a) L. 4. tit. 28. p. 3.

NOTAS.

3. *Est autem littus maris*). Es decir, el terreno que bañan las olas: definicion metafórica.

COMENTARIO.

En este §. 3. *y sig.* se explican detenidamente algunas cosas que son de uso comun ó público, y para la mejor inteligencia del punto hasta qué es lícito usar á todos de la playa pensó Justiniano que era bueno definir primeramente esta. Llama playa *aquel sitio hasta el que en tiempo de invierno llegan las olas mas gruesas*; habiéndola tambien Celso definido de este modo, *l. littus* 29. y Javoleno *l.* 112. *de verb. sing.* Y antiguamente antes que ellos la habia definido Aquilio, segun Cice. *in. Top. c.* 7., cuya definicion siguió este último algun tiempo despues; pues no fué el primero que la dió, segun creyeron algunos como dice Celso. Dice *en tiempo de invierno*, porque en esta estacion es cuando crece mas el mar. Así que, playa es todo aquel sitio que bañan las olas, el que es comun á todos como el mismo mar; mas la playa seca, ó sea la porcion de tierra que no está ocupada por el flujo y reflujo del mar es del dominio del pueblo.

TEXTO.

De usu et proprietate riparum.

4. Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare. sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hæreat: qua de causa arbores quoque in eisdem natæ eorumdem sunt.

TRADUCCION.

Del uso y propiedad de las riberas.

El uso de las riberas es tambien público por derecho de gentes como el del mismo rio; por lo que, á todos es lícito atracar á ellas los barcos, atar los cables á los árboles de las mismas, poner en ellas los cargamentos, como tambien navegar por el rio; pero su propiedad es de los dueños de los predios vecinos, por cuya causa, les pertenecen tambien los árboles nacidos en ellas (a).

COMENTARIO.

1. *Las riberas no siguen la condicion del rio, como las playas la del mar.*

(a) L. 6. con la sig. tit. 28. P. 3.

La ribera es aquello que contiene al rio, y limita el ímpetu natural de su corriente: así la define Ulpiano, *l. 4. ripa. 5. de flum.* Dice *corriente natural*, para que alguno no piense que se mudan las riberas cuando el rio crece aumentado por las aguas de las lluvias ó nieves. Paulo dice que la ribera es aquello que contiene al rio, estando caudaloso, *l. 3. §. 1. d. tit.*, para significar que no forma parte de la ribera el espacio próximo á ella; el que en algunas ocasiones, cuando el rio mengua por resultado del calor en el estío, no está cubierto de agua. Por las palabras que siguen se ve que la ribera no debe entenderse tan limitadamente como lo hacen algunos, tomándola por el borde ó márgen del rio, ó sea por el solo límite del álveo y de la tierra, que limitan el rio; cuyo límite apenas puede servir para nada; sino con alguna mas latitud, considerándose tal el espacio intermedio entre el rio y el predio vecino, de modo que se considera ribera el espacio que media desde los campos hasta el rio, *d. l. 3. §. 2. de flum.*, lo que ya Pacio observó en su análisis.

Usus publicus est jure gentium). El uso de las riberas es público como el del mismo rio, pues que consiste en lo mismo que el de este, por cuanto por medio de la ribera hacemos uso del rio. Por esta razon todo lo que está prohibido en favor del uso público del rio se entiende tambien estarlo en favor del de las riberas, *l. 1.* y á cada paso *tit. de flum. et tit. ne quid. flum. pub.* Dice por *derecho de gentes*; como si dijera que este uso y esta servidumbre están impuestos á las riberas por la misma naturaleza, de modo que es lícito á todos aquellos á quienes es permitido por derecho de gentes usar del rio, usar tambien de las riberas, pues que de otro modo no puede hacerse uso del rio.

4. *Propietas illorum est, quorum prædiis hærent*). Esto mismo dice elocuentemente Cayo, *l. 5. h. tit.*, y tambien Pomponio segun Celso, *l. ergo 30. §. 1. de acq. rer. dom.*; por lo que Neracio escribe que aquel que edifica en la ribera del rio no hace suyo el edificio, *l. 15. eod.* Por esta razon, lo que dice Paulo de que las riberas del rio son públicas, *l. 3. de flum.*, debe entenderse de su uso, no de su propiedad. Ni debe opinarse con Hotomano que Paulo disintió y con razon de los demas; pues lo que dice que cada parte del rio por separado se considera de la misma naturaleza que todo el rio, el que es público, de suerte que ni aun su propiedad es de nadie, es un error παρὰ τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου, es decir, proveniente de la ignorancia del argumento, puesto que la ribera no es una parte del rio, mas de lo que el continente lo es del contenido. Ni es lo mismo la ribera en el rio que la playa en el mar: aquella no está sujeta á la condicion del rio, como esta lo está á la del mar, pues está ocupada diariamente por este. Mas tal vez se diga que aquel de quien es el álveo del mismo necesariamente son las riberas, y es cierto que el álveo no es de la propiedad de nadie, *l. 1. §. simili modo 7. de flum. l. 7. §. quod si 5. de acq. rer. dom.* (a). A esto respondo que la diversidad de condicion entre el álveo y las riberas es efecto del rio, que ocupa aquel y no estas. Y por otra parte ni el mismo álveo es público *simpliciter*, ni aun cuando está ocupado por el rio; sino que en cuanto este no lo impide se considera parte de los campos vecinos: de otro modo ¿porqué razon la isla nacida en el rio, subsistiendo aun el álveo se haria de los prédios vecinos? Esto, pues, prueba que la propiedad de la ribera es de los campos confinantes, sobre lo que hablaremos mas latamente en el §. *insulá 22. et seq. inf. eod.* Muy bien, pues, dicen los griegos en las *Basil. 46. tit. 5*, τῶν ὀχθῶν τῶν ἐν τοῖς ποταμοῖς οὐ λέγω δεσποτεία, ἀλλὰ ἡ χρῆσις *publica* ἐστιν etc., es decir, las riberas de los rios son de propiedad particular pero son de uso público.

TEXTO.

De usu et propietate littorum.

5. Littorum quoque usus publicus est et juris gentium, sicuti et ipsius maris; et ob id cuilibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, et ex mari deducere. Propietas autem eorum potest intelligi nullius esse; sed ejusdem juris esse cujus et mare et que subjacet mari terra vel arena.

TRADUCCION.

Del uso y propiedad de las playas.

Tambien el uso de las playas es público y de derecho de gentes como el del mismo mar; y por esta razon cualquiera puede levantar en ellas una cabaña para recogerse como tambien secar las redes y sacarlas del mar. Su propiedad empero, no puede considerarse de nadie, sino que es de la misma naturaleza que el mar, y la tierra ó arena que está debajo de este (b).

NOTAS

5. *Littorum quoque usus*). *L. 4. l. 5. §. 1 l. 6. h. t.* Y es comun á todos como el de mar, Virg. 7. *Æneid. v. 229. Littusque ro-*

(a) L. 31. tit. 28. P. 3.
(b) L. 4. tit. 28. P. 3.

gamus Innocuum, y 1. *v.* 544. *Hospitio prohibemur arenæ.*

Proprietas eorum nullius). Con todo, las que están ocupadas por alguna nacion se consideran propias de la misma, *l.* 5. *ne quid in loc. pub.*

Ejusdem juris, cujus et mare). Las playas están sujetas al mar, y se ven diariamente ocupadas por él, por lo que siguen su naturaleza, *l. pen. h. tit.*; mas la ribera, como que no está sujeta al rio, ni es parte de él; por esto no sigue enteramente su condicion.

COMENTARIO.

Ya hemos hablado del uso y propiedad de las playas. Con todo, nos falta aun que advertir que el uso de las playas se dice público y de derecho de gentes; para que se entienda que en virtud de este derecho es público dicho uso, en cuyo sentido dice Cajo que el mar es de derecho de gentes, *l.* 4. *h. tit.* y Justiniano, §. 1. *supr. eod.* Y en esto se diferencia del uso de la ribera que es público por derecho de gentes; pero no es de derecho de gentes; esto es, no es comun á todos los hombres en general, sino tan solo á aquellos que por derecho de gentes pueden usar del rio; de la participacion de cuyo uso puede excluirse á los extrangeros; como ya hemos demostrado. Esta es tambien la opinion de Eguinario Baron y Julio Pacio.

Ejusdem juris, cujus et mare). El mar hizo suyas las playas robándolas á otro uso; pues como ya antes se ha dicho, las playas están sujetas al mar, y diariamente ocupadas por el mismo. La cosa ocupada, empero, es preciso que siga la naturaleza y condicion del ocupante, *l. pen. hoc. tit.* (a). VINN. En tanto consideraban los romanos comunes las playas, como que á cualquiera era lícito, no solo levantar en ellas cabañas en que recogerse como se ve en este §. 5., si que tambien edificar palacios solo por lujo; y á esto se refieren aquellas palabras de Horacio, *lib.* 1. *ode* 11. *Quæ (hiems) nunc oppositis debilitat pumicibus mare*, las que se ilustran muy bien en *l' histoire de l' Academie Royale des Inscriptions et Belles Lettres. Tom.* 2. *p.* 333. HEIN.

TEXTO.

De rebus Universitatis.

6 Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, et his similia, et si qua alia sunt communia civitatum.

(a) Arg. l. 31. tit. 28. P. 3.

TRADUCCION.

De las cosas propias de una universidad.

Aquellas cosas que hay en las ciudades, como son los teatros, los gimnasios y otras semejantes, y cualesquiera otras comunes de las ciudades, son propias de la universidad, no de los particulares (a).

COMENTARIO.

Las cosas que en este §. y en Cayo, *l.* 6. §. 1. *eod.* se dicen propias de universidad, en otras partes se llaman tambien con el nombre general de públicas como en la *l.* 6. *de contr. empt.* §. 2. *inf. de inut. stip.* §. *ult. inf. de empt. et vend.*, á causa de que están en el uso público de los ciudadanos. Aquellas cosas, pues, que están en los bienes ó patrimonio de una ciudad y que no sirven para el uso de los particulares (b) no pertenecen aquí, aunque comparadas con las que son propias de los particulares se llamen tambien públicas, *l.* 7. §. 1. *quod cujusq. un nom. l.* 15. *et seq. de verb. sign.* Con todo, el nombre de universidad es mas lato que el de ciudad; pues que comprende los colegios, las sociedades y otras corporaciones á quiénes, á ejemplo de la república es permitido tener cosas comunes, y una arca comun, *l.* 1. *quod. cujusque un.* VINN. Fácilmente se distinguen las cosas de universidad de las patrimoniales de una ciudad; pues que el uso de estas no es de los particulares y por lo mismo tampoco las obligaciones, ya activas ya pasivas, que pertenezcan á las mismas. Aqui se refiere la ley 7. §. 1. *ff. quod cujusque univ. nom.* HEIN.

Si qua alia communia civitatum). Como por ejemplo las basilicas, los pórticos, los baños, foros, prados y pastos públicos, en los que es permitido á todos los ciudadanos apacentar su ganado; y tambien las cosas que tengan en comun algun colegio ó sociedad; como por ejemplo, las galerias, los paseos, las lonjas, los peristilos, islas y los establos etc. El uso de estas cosas, aunque comunes, no se extiende tanto que sea público para otros que los miembros de la ciudad ó corporacion; siendo esto enteramente conforme con el fin de aquel que las hizo públicas; de modo que si otro usa de ellas solo es con permiso de la ciudad. Y ciertamente nadie dirá que el uso de los pastos públicos sea tan libre que los que no son ciudadanos tengan

(a) L. 9. tit. 28. P. 3.
(b) L. 10. d. tit.

derecho de apacentar en ellos. Contra los que impiden el uso de estas cosas se da la accion de injurias, *l.* 13. *in fin. de injur.* Aqui pertenece aquello de M. Tulio, 5. *de finib. cap.* 2.: *aunque el teatro sea comun, lice, con todo puede decirse que el lugar que uno ocupa es suyo*, y 1. *offic. cap.* 17. Los caminos por los que pueden todos pasar son públicos, no propios de una universidad. Cuyacio.

TEXTO.

De rebus nullius.

7. Nullius autem sunt res sacræ, et religiosæ, et sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

TRADUCCION.

De las cosas que no son de nadie.

Las cosas sagradas religiosas y santas no son de nadie, pues lo que es de derecho divino, no está en los bienes de nadie (a).

NOTAS.

7. *Nullius in bonis*). *L.* 6. §. 2. *eod.* Y por esta razon no podemos vindicar estas cosas como á nuestras, *l.* 23. §. 1. *D. de rei vind. nullius*, y reducirlas á nuestra propiedad ó á un uso profano.

COMENTARIO.

Las cosas que son de derecho divino se dicen por excelencia que no son de nadie; á saber, comparándolas con aquellas que, aunque tampoco son de nadie, con todo, en cuanto á su uso son de los particulares, ó bien son de tal naturaleza que pueden estos adquirir su dominio. Y ciertamente, las cosas públicas de derecho humano, que no estan en los bienes del pueblo, sino que son de un uso público, comparadas con aquellas que son de los particulares, se dice que no estan en los bienes de nadie, *l.* 1. *hoc. tit. l.* 6. *de contr. tempt.*; pero en las que no son de derecho divino hay de mas que ni su uso es de los particulares. Tampoco las fieras, las bestias, las aves y los peces son de nadie, si se comparan con aquellas cosas que un particular tiene, y posee; pero son de tal condicion y naturaleza que pueden adquirirse, y son del primero que las ocupa, §. *feræ* 12. *inf. eod.*; lo que sucede al contrario en las cosas de derecho divino. Cayo, *d. l.* 1. enumera entre aquellas cosas que no son de nadie los bienes hereditarios antes de adirse la herencia; á pesar de que para los efectos del derecho se consideran privados, y se finge que son de la herencia, la que representa mientras tanto la persona del difunto, *l. hæreditas* 34. *l. hæreditas* 61. *de acq. rer. dom.* Las cosas pues de derecho divino son aquellas que no estan sujetas al poder y uso comun de los hombres, y en cierto modo se hallan en el derecho y poder de solo Dios; de ellas se ponen aquí tres especies; á saber, las sagradas, las religiosas y las santas, las que se explican despues en §§. separados.

(a) L. 12. tit. 28. P. 3

TEXTO.

De rebus sacris.

8. Sacræ res sunt, quæ ritè per Pontifices Deo consecratæ sunt; veluti ædes sacræ, et donaria, quæ ritè ad ministerium Dei dedicata sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari, et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem in quo ædes sacræ suntædificatæ, etiam diruto ædificio sacer adhuc manet, ut et Papinianus scripsit.

TRADUCCION.

De las cosas sagradas.

Las cosas sagradas son aquellas que han sido consagradas á Dios solemnemente por los pontífices; por ejemplo, los templos y las ofrendas que se han dedicado solemnemente al servicio de Dios, las cuales por nuestra constitucion prohibimos enagenar y obligar, excepto para la redencion de cautivos. Con todo, si alguno por autoridad propia consagrare alguna cosa no será esta sagrada, sino profana. El sitio en que están edificados los templos queda sagrado aun despues de derruidos los edificios, segun escribe Papiniano (b).

NOTAS.

8. *Donaria*). ἱερὰ ἀναθήματα, κόσμια ... esto es, ornamentos; Hesych. Macrob, 3. *Sat.* 11. ἱερὰ σκεῦη, esto es, vasos sagrados. *Nov.* 120. *c.* 10.

COMENTARIO.

1. *Cuál debe ser la persona del consagrante?*
2. *Qué es lo que los Latinos llamaban* donaria
3. *Las cosas consagradas privadamente no se distinguen de las públicas por la forma de la consagracion sino por su fin.*
4. *Qué es lo que los antiguos entendian por cosas profanas y de donde vino este nombre?*

1. Tres dijimos ser las especies de cosas de derecho divino, las que en su esencia y

(b) L. 13. tit. 28. P. 3.

en sus nombres se diferencian entre ellas, cuya distincion se encuentra en las memorias de Festo: otra se ve en Macrobio, 3. *Saturn.* 3. Con todo, muchos emplean indistintamente estas palabras. Dícese aquí que las cosas sagradas son *las consagradas á Dios públicamente por los pontífices*; cuya definicion abraza principalmente dos cosas; la forma ó modo de consagrar, y la persona del que consagra: el modo lo manifiesta el adverbio *solemnemente*; esto es, con solemnidad y segun la costumbre de los antiguos; públicamente, y no en particular, *l.* 6. §. *sacræ* 3. *l.* 9. *pr. eod.* Gall. Ælio en Festo en la voz *sacer.* Ovid. 1. *fastor v.* 640. *Templa sacerdotum ritè dicata manu.* Acerca las ceremonias que antiguamente se usaban en la consagracion véase á Alex. ab Alex. 6. *gen. dier.* 14. Es necesario que en la consagracion intervenga la persona del que consagra, tal era entre los romanos el pontífice, así llamado del puente *Sublicio*; el que considerándose sagrado, como sucedia que se derribaba en alguna parte, solo era permitido repararlo á los pontífices, despues de muerta una víctima y ofrecido el sacrificio. Tambien consta que el cuidado de todas las cosas sagradas, del cual se deriva el poder, correspondió al colegio de los pontífices, sobre cuyo oficio trata diligentemente Alex. ab Alex. 2. *genial.* 8. Y los príncipes? Tambien estos, segun leemos en otros autores y en los nuestros tomaron á su cargo el cuidado de las cosas sagradas y de la religion, como lo vemos en la ley 8. *de rel. et. sumpt. fun. l. ult. ut. in poss. leg.*; y expresamente se arrogaron el derecho de dedicar ó consagrar en *d. l.* 9. *h. tit.* Quizá sucedia esto así porque los mismos príncipes eran muchas veces tambien pontífices? Así lo atestigua las historia, y Dion en el *lib.* 53. dice que los príncipes entre otros títulos se arrogaron tambien la dignidad de pontífices máximos para tener de este modo la inspeccion de todas las religiones y sacrificios. O tal vez se dice esto, segun quieren algunos, porque así como antiguamente por la ley Papiria no era lícito consagrar cosa alguna sin mandato de la plebe, segun Cic. *pro. dom.* así tampoco posteriormente fué lícito hacerlo sin mandato del príncipe; de modo que el pontífice consagrase y celebrase las solemnidades, pero prévio el mandato y autoridad del príncipe, mayormente si debia consagrarse un lugar público? *argum. d. l.* 9. Los príncipes cristianos encargaron el cuidado de las ceremonias sagradas á los obispos, substituyendo á los de los gentiles, otros ritos que deben observarse en la consecracion de los monasterios, iglesias y oratorios. véase la *Nov.* 67. *et Nov.* 131. *cap.* 7. (a). Un brillante ejemplo de la dedicacion de un templo se encuentra en 1. *Reg.* 8.

2. *Donaria*). No solo pueden consagrarse las casas ó terrenos, sino tambien las cosas muebles, segun aparece por el lugar citado de Gall. y Elio en Festo, y da á entender aquí Justiniano con la palabra *donaria*, con la cual segun manifiesta la ley *sancimus* 21. *Cod. de sacros. eccles.* entiende las cosas muebles, por ejemplo, vestidos, vasos y otros utensilios dedicados y consagrados á los usos divinos. Ni esto es contra el uso de los escritores latinos, pues lo que los griegos llaman ἀνάθηματα del verbo ἀναθεῖναι, (consagrar), por cuanto las cosas dedicadas á los Dioses se suspendian de las bóvedas, columnas ó paredes del templo, lo llamaban los latinos *donaria*, ú ofrendas. En Macrobio 3. 11. leemos; *Ornamenta sunt clypei, coronæ, et hujusmodi donaria.* Virgilio toma esta palabra por los lugares en que se depositan los dones ofrecidos. *lib.* 3. *Georg. v.* 533.

. . . . *Et uris*
Imparibus ductos alta ad donaria currus.

Y que este es el propio significado de esta palabra lo advierte Servio de cuya opinion es Cornelio Fronto, quien dice: *Donum quod Diis datur, inde ubi dona ponuntur, donarium appellatur.*

Excepta causa redemptionis captivorum). Tambien pueden venderse las cosas sagradas con objeto de alimentar á los pobres en tiempo de hambre, si estan tan apurados que deba mirarse por su vida, *dict. l. sancimus* 21.; y tambien para pagar las deudas de la Iglesia, si instan los acreedores, y no puede verificarse el pago de otro modo, *auth. prœterea Cod. de sacros Eccles. Nov.* 110. *cap.* 10. *c. aurum* 12. *quæst.* 2. (b). Los bienes eclesiásticos no pertenecen aquí: pues sirven para usos humanos; á saber, para alimentar á los ministros del culto ó á los pobres, aunque tambien se prohibe su enagenacion excepto en ciertos casos, *Nov.* 7. Schneid. *hic.* Gudelin. *lib.* 6. *de jur. nov. cap.* 13. *y* 14.

3. *Si quis auctoritate sua*). Esto es, si las consagraren no pública, sino privadamente, *l.* 6. §. *sacræ* 3. *h. tit.* Preguntarán tal vez algunos, como no considerando los romanos sagrado sino aquello que habia sido consagrado públicamente, encontramos que apesar de esto tuvieron cosas sagradas privadas? Cic. 3. *de legib. l.* 1. *de rit. nupt. l.* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec. l.* 4. *C. de crim. exp. hær.*

(a) L. 13. tit. 28. P. 3.
(b) L. 1. tit. 14. P. 1. desde el verso *La primera.*

A esto respondo, que esta diferencia no está tomada del modo de dedicar ó de las personas de los dedicantes, sino del fin; por cuanto las cosas privadas eran consagradas para la salud de la familia y las públicas para el pueblo. Véase á Rosin. 8. *antiq. tit.* 6. Puede ciertamente cualquiera particular consagrar una cosa á Dios por causa de su religion, y tenerla por sagrada; pero los Pontífices romanos no la consideraban tal, y por lo tanto ninguna religion obligaba á los sucesores; lo que podemos ver en el mismo Gallo Elio en Festo, y en M. Tulio *lib.* 12. *epist. ad Attic. epist* 19. 34. *et* 35. VINN. Deben distinguirse cuidadosamente las cosas sagradas de los particulares como los Lares y Penates, que tambien se llaman gentiles, de las cosas consagradas por una autoridad privada: aquellas eran legítimas á causa de la ley de las doce tablas: *Sacra privata perpetuo manento*. Fest. en la voz *sacra;* estas ilegítimas por el peligro de que se introdujeran cosas sagradas de los extranjeros, Bynkersh. *de releg. peregr. diss.* 2. Aquellas eran del derecho de los Pontífices; de ahí es porque la autoridad de estos intervenia en las arrogaciones, confarreaciones etc. Estas no las consideraban los Pontífices como sagradas. Sí, pues, algun particular hubiese por su propia autoridad consagrado alguna cosa se consideraba como cuasi sagrada, con tal que perteneciese á la religion patria; y aquí se refieren los lugares de Cic. *lib.* 12. *ad Att. Epist.* 19. 35., mas si pertenecia á una religion extranjera se consideraba profana, Bynkersh. *ibid.* HEIN.

4. *Profanum.*) Varron 5. *de ling.* dice que los templos se llamaron *fana, quod Pontifices in sacrando fati sunt finem: inde profanum, quod est ante fanum, id est, conjunctum fano.* Trebacio piensa que *profano* se llama aquello que de sagrado ó religioso se ha puesto en el uso comun de los hombres. Con todo Macrobio *lib.* 3. *Saturn.* dice que casi todos convienen en que una cosa profana es aquella que está fuera de una causa fanática, como separada del templo y de la religion. Sea de esto lo que fuere, es cierto que entre nosotros se oponen las cosas profanas á las sagradas y religiosas.

Adhuc sacer manet.) *D. l.* 6. §. 3. Y por lo tanto no pueden venderse, *l. ede sacra* 73. *de contr. emp.* Trajano en Plinio *lib.*. 10. *epist.* 76. dice: *si la casa sagrada ó templo de Claudio se ha destruido, la religion ocupa el terreno.* Con todo, aquellos lugares que han sido tomados por los enemigos dejan de ser sagrados, pero libres de aquella calamidad recobran su estado primitivo, como por derecho de postliminio, *l. cum loca* 36. *de religios.* Cic. *phil.* 9.

«En España entendemos por cosas sagradas «las destinadas al culto público de Dios, como «iglesias, altares, cruces, calices, incensarios, «ornamentos, etc.; todas las que están consa«gradas por los obispos.»

TEXTO.

De religiosis.

9. Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. Incommunem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune verò sepulchrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item si alienus usufructus est, propietarium placet: nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum consentiente domino licet inferre: et licet postea ratum non habuerit, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.

TRADUCCION.

De las cosas religiosas.

Cualquiera hace por su propia voluntad religioso un lugar; con tal que entierre un cadáver en terreno propio. Con todo, no es lícito enterrar un muerto en terreno comun contra la voluntad del sócio; pero aun contra la voluntad de este es lícito hacerlo en un sepulcro comun. Tampoco si el usufructo estuviere en poder de otro puede el propietario, á no ser con consentimiento del usufructuario, hacer religioso un lugar. En terreno ageno es lícito enterrar un cadáver con consentimiento del dueño, y aunque hasta despues de haber sido enterrado no lo ratificare; con todo, se hace religioso el lugar.

COMENTARIO.

1. *Los antiguos tenian un sepulcro privado fuera de la ciudad en los campos; mas hoy dia ordinariamente los muertos se entierran en los lugares públicamente destinados á este objeto.*
2. *El Cenotafio ó un túmulo vacio no es religioso*
3. *Para que un lugar se haga religioso es necesario que aquel que entierra el cadáver sea entero dueño del terreno, con algunos corolarios que de ahí se siguen*
4. *Las últimas palabras de este §. tienen un sentido tan cómodo como las del Código Florentino en las Pandectas.*

Religiosum.) Bajo esta palabra general se comprenden tambien las cosas sagradas, como lo demuestra la etimología de la palabra *religioso*, ya se haga derivar con Cic. 2. *natur. Deor. á relegendo*, ó bien con S. Sulpicio segun Macrobio, 5. *saturn.* 3. *á relinquendo*, ó finalmente con Lactancio 4. *Instit.* 28. *á religando;* pero aquí y á cada paso en nuestros libros se toma en un sentido mas extricto, y denota el lugar en que se ha en-

terrabo un cadáver; cuya significacion le da tambien Festo Pompeyo.

1. *Uniquisque sua voluntate*). A diferencia de las cosas sagradas; pues un lugar no se hace sagrado, sino públicamente por medio del Pontífice; mas puede hacerse religioso por la voluntad de un particular que entierra un cadáver ó sus huesos en un terreno propio. Débese notar aquí de paso que los antiguos tuvieron sepulcros privados fuera de la ciudad en los campos, pues la ley prohibia que se sepultáran los muertos en la ciudad, Cic. 2. *de leg. cap.* 23. *l.* 5. §. *divus.* 5. *de sepulc. viol.*; lo que tambien estuvo en uso en otras naciones, acerca de lo cual véase á Pet. Greg. *lib.* 33. *Syntagm. cap.* 53. Aquellos sepulcros que uno hacia para sí y su familia se llamaban *familiares*, mas aquellos que se destinaban para sí y sus herederos, ó los que un padre de familia habia adquirido por derecho de herencia tomaban el nombre de *hereditarios*, *l.* 5. *l.* 6. *in pr. de rel. et sumpt. fun.* Actualmente, empero, como es sabido, se sepultan los muertos en los lugares públicos destinados por el magistrado á este objeto; ordinariamente en los cementerios, ó tambien en las mismas Iglesias, en las que nada prohibe que un particular tenga un sepulcro que pueda dejar á sus herederos y pueda vender tambien á otros, para el uso se entiende de sepultar, Grot. 2. *introd. c.* 1. Monac. *in l. 4. C. de religios.*

2. *Dum mortuum infert in locum suum*). Con estas palabras se nos manifiesta que se exigen dos requisitos para que se haga religioso un lugar: primero, que se ponga en él un cadáver; y segundo que se verifique esto por el dueño del terreno. En primer lugar no se hace un terreno religioso por medio de la consecracion ó de las palabras solemnes, sino por el hecho de sepultar en él un muerto; por lo que, Ulpiano define el sepulcro, diciendo ser un lugar en que están depositados el cuerpo ó los huesos de un hombre, *l.* 2. §. *sepulchrum* 5. *de relig.* Ni todo el lugar destinado para sepultura, por la colocacion en él de un cadáver se hace religioso, sino en cuanto ha sido allí depositado y enterrado, *d.* §. *sepulchrum* 5. *de relig.*; de donde se deduce lo que dispusieron los *Divi fratres*, de que un mausoleo vacío ó sea un monumento destinado á la sola memoria del difunto y al que llaman los griegos κενὸν μνῆμα ó en una sola palabra κενοτάφιον, y Suetonio *cap.* 1. *in Claud. Tumulum honorarium*, no es religioso, *l.* 7. *h. tit. l.* 6 *in fin. l. monumentum* 42. *de relig.*; aunque Marciano fué de contrario parecer, movido por la autoridad de Virgilio como el mismo dice, *l.* 6. *in fin. h. tit.* y sin duda por aquellos versos de este poeta que Gotofredo cita del libro 3. *de la Eneida v.* 303. en donde Eneas habla así de Andromaca.

. . . . , . . . *Manesque vocabat.*
Hectoreum ad tumulum, viridi quem cespite inanem,
Et geminas, causam lacrymis sacraverat aras.

Un pasaje semejante del mismo poeta se encuentra en el *lib.* 6. *v.* 150, en donde el mismo héroe se dirije así á Ceifobo:

Tunc egomet tumutum Retheo in littore inanem
Constitui, et magno Maneis ter voce vocavi.

Si pues solo hace religioso á un lugar el acto de enterrar en él los huesos ó el cadáver de un hombre se sigue que exhumados aquellos ó este, y trasladados á otro lugar, dejará el terreno de ser religioso, *l. cum in diversis* 44. §. 1. *de relig.*, aunque no es lícito hacer la exhumacion y traslacion sin mediar decreto de los pontífices, ó mandato del príncipe, *l.* 8. *eod.*

3. Otra de las circunstancias que dijimos ser necesarias para convertir en religioso un terreno es, que entierre en él el cadáver aquel que es dueño del mismo. Ni basta para esto el que sea dueño *pro indiviso*, ó el que tenga la nuda propiedad del terreno; sino que se requiere que sea señor *in solidum* y con pleno dominio. De ahí se deducen varias consecuencias. Primera: que á nadie es lícito enterrar un cadáver en terreno ageno contra el consentimiento de su dueño, pues que consintiendo este, no hay duda que puede hacerlo, y el terreno se hará religioso, *hoc* §. *in fin. l.* 6. §. *religiosum* 4. *eod.* Segunda: no es lícito tampoco enterrar un cadáver en un lugar comun puro, contra la voluntad del sócio segun el texto y la *l.* 6. §. *si quis* 6. *comm. div. l.* 2. §. 1. *in fin. de rel.*, lo que entiende, con todo, Calistrato de modo que uno de los sócios puede sin consentimiento de los demas ser enterrado en un sitio comun, sino tuviere otro lugar en que cómodamente pudiese serlo, *l. si piures* 41. *d. tit.* Los jurisconsultos parece que hablan de un lugar puro; pues que en un sepulcro comun no hay duda ninguna que puede ser enterrado uno de los sócios, aun oponiéndose los demas, puesto que semejante sitio está destinado para este uso, *d. l.* 6. § *si quis* 6. *comm. et hob text.* Tercera: no puede el propietario enterrar un cadáver ó hacer religioso un lugar contra la voluntad del usufructuario, como se ve en este mismo §. y en la *l.* 2. *si quis usufructum* 7. *de*

relig. l. locum 17. *de usufr*. La razon de todo esto es para que no se deteriore ó haga peor la condicion del dueño, sócio ó usufructuario sin intervenir un hecho por parte de los mismos, sacándose del comercio la cosa que poseen. Con todo, si el dueño de la propiedad entierra al testador que legó el usufructo, no pudiendo hacerlo tan cómodamente en otro terreno, no hay duda que se hará religioso el lugar, *d. l.* 17. *de usufr. d. l.* 2. §. 7. *de relig.* Cuarta: finalmente lo que no es licito al propietario contra la voluntad del ufructuario, mucho menos debe serlo á este sin la voluntad de aquel, *d. l.* 2. §. 1. *et* 7. VINN. En pocas palabras diré, que no siempre es cierto lo que advierte Vinnio en el número primero de este §. de que solo se hace religioso un lugar respecto del espacio que ocupa el cadáver; pues que muchas veces la religion ocupaba un cierto espacio al rededor del sepulcro. Asi es que en muchas lápidas leemos IN. FR. P. X. IN. AGA. P. XX: véase á Horat. *Serm. lib.* 1. *Satyr.* 8. *v.* Por lo que, acostumbrábase señalar ó encerrar dentro de una cerca aquel espacio, Barn. Brisson. *Antiqu. lib.* 5. *cap.* 15. *et* 16. Así pues, el sentido de la ley 2. §. 5. *ff. de religios.* es de que no todo el campo en que está enterrado un cadáver se hace religioso, sino tan solo aquel sitio que está destinado para sepulcro y limitado á un cierto espacio. La misma necesidad apoya esta interpretacion; pues de otro modo, entre los romanos que ordinariamente reducian los cadáveres á cenizas, la urna en que estas se contenian apenas hubiera hecho religiosa una muy pequeña parte del campo. HEIN.

Locum purum) Esto es, que es de derecho humano, βέβηλον, profano, *d. l.* 2. §. *purus* 4. y á cada paso *eod. tit.* En ciertas ocasiones se opone á un lugar edificado como en la *l. ult. in. pr. de pign. act.* Varron tambien en el *libro* 4. *de ling.* escribe que las areas que están dentro de la ciudad se llaman lugares puros.

4. *Licèt postea ratum non habuerit.*) Así se lee vulgarmente aqui y en Marciano, *d. l.* 6. §. *religiosum* 4. *hoc tit.* de donde esto está copiado. Ni tiene esto un mal sentido, pues basta haber consentido desde un principio; puesto que de aquello en que una vez se convino, despues no puede uno retractarse, *cap. quod semel de reg. jur. in* 6. *l. nemo potest.* 75. *eod. l.* 5. *C. de obl. et act.* Con todo, en las Pandectas Florentinas se lee este pasage afirmativamente: *Licèt postea ratum habuerit*, y no menos bien; de modo que en este caso el sentido es, que aun cuando un lugar ageno en el que se ha enterrado sin consentimiento de su dueño un cadáver, no se haga religioso desde luego; con todo, se hace tal si despues aquel consintiere; por cuanto la naturaleza de la ratihabicion es tal que se compara con el mandato, *l. semper* 60. *de reg. jur. c. ratihabitionem eod. in* 6. Sin embargo, añadiendo esto de paso, aun cuando por la colocacion en un terreno ageno de un cadáver no se hace aquel religioso, no es licito apesar de ello al dueño sacar por su propia autoridad los huesos ó el cuerpo allí depositados, *l.* 8. *de relig.*; sino que se le concede una accion *in factum*, por medio de la cual obliga á aquel que lo enterró ó á quitarlo, ó á satisfacerle el precio del terreno, *l.* 7. *d. tit.*, el cual satisfecho, no hay duda ninguna en que se hace religioso el lugar. VINN. Nada mas exacto que el modo como se lee este pasage en las Pandectas Florentinas; pues quien puede decir que el señor no ratifique un hecho en el que al principio consintió? Asi tambien en este parrafo se deberá leer como en aquellos, *licet postea ratum abuerit*. Y así tambien lo leyó Teófilo cuando dijo: *si alguno entierra un cadáver ignorándolo el dueño del terreno, ó contra la voluntad del mismo, y habiéndolo este despues sabido lo ratificase se hará tambien religioso el lugar*. HEIN.

«En España, aunque la *l.* 1. *tit.* 28 *P.* 3. «llame lugar religioso á aquel en que está sepultado el cuerpo ó la cabeza de un hombre, «no obstante, no es reputado por religioso «sino el que consagra ó bendice el obispo; ni «es licito sepultar en otra parte los cuerpos «de los fieles, siguiendo en esto lo establecido «por el derecho canónico.»

TEXTO.

De rebus sanctis.

10. Sanctæ quoque res, veluti muri, et portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt; et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint sactiones vocamus.

TRADUCCION.

De las cosas santas.

Tambien las cosas santas, como por ejemplo, los muros y las puertas de la ciudad, son en cierto modo de derecho divino, y por esta causa no están en los bienes de nadie. Llámanse santos los muros porque está impuesta la pena capital contra aquel que contra ellos delinquiere; y por la misma razon llamamos sanciones aquella parte de las leyes en que se establece la pena contra los que las infringieren. (a)

(a) L. 15. tit. 28. P. 3.



NOTAS:

10. *Sanctiones vocamus*). *L.* 41. *D. de pœn.* Festo *in voc. Sanctum.* Cic. *Verr.* 6. *Nisi legis sanctionem pœnamque recitassem.*

COMENTARIO.

1. *Qué cosas comprende la palabra* santo?
2. *Si entre nosotros pueden contarse entre las cosas santas las puertas?*
3. *Si deben castigarse con pena capital los que violan las murallas de los municipios?*

1. Es cierto que se extiende mucho mas la palabra *santo*, que no del modo en que aquí se toma, como lo podemos ver en Trebacio; quien en Macrobio 3. *Saturn.* 3. dice que *santo* se llama unas veces lo que es sagrado, otras lo que es religioso, y algunas, otras cosas; á saber, lo que es venerable, incorrupto y no violado; lo que Macrobio confirma citando algunos lugares de Virgilio. Con todo, propiamente hablando, se llama santo lo que está resguardado y protegido de los ultrages de los hombres, *l.* 8. *h. tit.* De ahí es, el que los Legados se consideren santos por derechos de gentes, *l. ult. de legation*, y tambien los Reyes segun Cic. *pro reg. Dejot.* Por derecho de los romanos tambien los Tribunos de la plebe eran sacrosantos, Liv. *lib.* 2. *c.* 33. Festo *in verb. sacrosanctum.* Tambien puede llamarse santo aquello que está confirmado y protegido con cierta pena: de ahí el llamarse santas las leyes, porque no pueden ser infringidas impunemente; y de ahí tambien el aplicarse el mismo nombre á los muros, porque están defendidos con una cierta pena contra la audacia de los que los violan.

2. *Veluti muri et portæ civitatis*). *L.* 1. *h. tit. l.* 2. *ne quid. in loci sacr.* Todos convienen en que los muros son santos; con todo, acerca de las puertas parece haber disentido Plutarco, quien dice que los muros de Roma son santos; pero no así las puertas: por cuanto por ellas se extraen los cadáveres, y se importan ó exportan otras cosas inmundas; pero él toma esta palabra en un sentido muy diferente de nosotros, insiguiendo el derecho de los pontífices en los libros rituales; pues los romanos al hacer la demarcacion de una ciudad inseguian las costumbres de los Etruscos, rodeando y cercando los muros con un arado; empero donde debian estar las puertas no surcaban el terreno, para que no se hiciese religioso, sino que suspendiendo el arado dejaban intactos los espacios de las puertas: véase á Varr. 4. *de ling. c.* 32. *Lat.* Alex. ab Alex. 6. *gen.* 14. Alciat. *l. pupillus* 239. §. *urb.* 5. *C. de verb. sing.* Por esto, segun derecho pontificio se consideraban santos los muros, mas no las puertas; pero entre nosotros estas se consideran tambien santas, porque lo mismo que respecto de los muros no es lícito violarlas ni delinquir en nada contra ellas.

Quodammodo). Muy bien se añade este adverbio, pues que propiamente estas cosas no son de derecho divino como las sagradas y religiosas; sino tan solo por la semejanza que con ellas tienen se dice que son de derecho divino, porque no son de nadie ni en la propiedad ni en el uso. Tal vez con respecto á los muros, se decian santos porque se demarcaban con la ceremonia de los augures y con un sacrificio solemne, y se contaban propiamente por esto entre las cosas de derecho divino, Alciat. *d. loc.* Riccio *vindicar. jur. promiss. c.* 7.; quien por esta razon cree que este lugar debe leerse así: *veluti muri et portæ civitatis quodammodo divini juris sunt*; esto es, á la manera de los muros, tambien las puertas de la ciudad en cierto modo son de derecho divino.

Ideo autem muros sanctos). La etimología de la palabra santo la hace derivar Marciano, *l.* 8. §. 1. *h. tit.*, *á sagmine* ó sean las verbenas ó yerbas puras de los Legados, que acostumbraban los del pueblo romano á llevar para que nadie los ultrajase. Lo que decimos aquí, lo dice tambien Festo en la palabra *sagmina* y Aggeno Urbic. *in comm. ad Frontin.*, cuyos dos autores derivan las palabras *sanctum* y *sagmina á sanciendo*, esto es de confirmar ó sancionar. Con todo, Hotomano piensa que estas palabras se derivan *á sanguine*, de la costumbre de las ceremonias sagradas que menciona Salust. *in Catilin.*

Quia pœna capitis). El violar los muros merece pena capital; como por ejemplo, uno subiese á ellos por medio de escalera ó de cualquier otro modo; pues á los ciudadanos romanos no era lícito salir de la ciudad sino por las puertas, considerándose aquello como hostil y abominable; refiriéndose del hermano de Rómulo que fué muerto por este por haber intentado saltar el muro. Así lo dice Pomp. *l. ult. h. tit.*; pero M. Tulio 3. *de offic. c.* 10. dice que Rómulo fué impelido á aquella accion por su propia utilidad, porque queria mas bien reinar solo que no en compañía de otro: *Omisit hic*, dice, *et pietatem et humanitatem*; *et tamen muri causam opposuit speciem honestatis neque probabilem neque idoneam.* Esto es, prescindió de toda piedad y humanidad,

y con todo alegó el hecho del muro, pretexto ciertamente nada probable ni adecuado.

3. Acerca de las murallas de los municipios se ha dudado si los que las violan deben ser castigados con pena capital. Vulgarmente se cree que no; diciéndose que semejante delincuente debe ser castigado extraordinariamente segun la calidad del delito al arbitrio del juez, Bart. *in d. l. ult.* Ang. Myns. Schneid. y otros aquí; cuya opinion ciertamente es la mas benigna. Ni obsta el que tambien los muros de los municipios sean santos, *l.* 8. §. 2. *h. tit.*; pues no toda violacion de aquello que es santo se castiga con pena capital, ni todo aquello cuya violacion no lleva consigo esta pena deja de ser santo. Basta para que una cosa sea santa el que esté protegida y resguardada con alguna pena de los ultrages de los hombres, *d. l.* 8. *in pr. l.* 9. §. 3. *eod.* Ciertamente, si en tiempo de guerra uno saltare la trinchera ó entrare por las murallas dentro del campamento se le castiga con pena capital. *l.* 3. §. *nec non* 17. *de re mil.* Gothofr. Bus. *ad. d. l. ult.*

Ideo et legum, etc. sanctiones vocantur). *L. sanctio.* 41. *de pœn.* Cic. *in Verr.* 6. *Nisi legis*, dice, *sanctionem pœnamque recitasem.* Con todo, no se sigue semejante consecuencia. Tal vez por el efecto, aquella parte de la ley en que se estableció la pena, ποινηλάσια τοῦ νόμου, se dice especialmente sancion porque ella hace que tenga la ley autoridad y santidad, *arg. d. l.* 9. §. 3. *h. tit.*; pues que generalmente es bastante sabido que las leyes mismas se llaman sanciones. Escoliástes dice con referencia á aquello de Horacio, *Sanctarum inscitia legum*: *Aut participium est á Sancio; id est, firmatum, aut sanctarum, id est, sacrarum, ut fœdus sanctum dicitur et sacrum.* O bien es (la palabra *sanctarum*) participio del verbo *Sancio*; esto es, confirmado; ó bien se dice *sanctarum* como que dijese sagrado, del mismo modo que se llama santa y sagrada una alianza.

TEXTO.

De rebus singulorum.

11. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut dicimus, appellatur jus gentium; quarumdam vero jure civili. Commodius est itaque á vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civili autem jura tunc esse cœperunt, quum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi cœperunt.

TRADUCCION.

De las cosas de los particulares

De muchos modos se hacen las cosas propias de los particulares; pues de unas de ellas adquirimos el dominio por derecho natural, el que segun dijimos se llama derecho de gentes; y de otras por derecho civil. Por lo que, es mas oportuno que empecemos por el derecho mas antiguo; y es claro que el mas antiguo es el natural, que la naturaleza de las cosas creó con el mismo género humano pues el derecho civil no empezó á existir hasta que comenzaron á fundarse las ciudades á crearse magistrados y á escribirse las leyes.

COMENTARIO.

1. *A qué principalmente debe atenderse en esta segunda parte de este título?*
2. *Malamente en este tratado se opone el comercio al dominio.*
3. *Qué cosa sea dominio, y en qué acepcion se toma esta palabra?*
4. *Los modos de adquirir el dominio por derecho de gentes pueden cómodamente reducirse á dos.*

1. Empieza aquí la segunda parte de este título, la que corresponde al título de las Pandectas, *De acquirendum rerum dominio*. Hasta ahora se ha tratado de la diferencia y derecho de aquellas cosas que están fuera del patrimonio; siguiendo ahora otra especie de cosas, á saber, aquellas que están en nuestro patrimonio, las que por lo mismo se dicen tambien privadas, y propias de los particulares. Tambien estas pueden dividirse en varias especies; pues en primer lugar las hay universales que, ó forman un todo como la herencia, el patrimonio universal de alguna; ó constituyen un género, como *un fundo, un hombre, un vestido*; y otras singulares como *este fundo, este hombre, este vestido.* Las hay tambien corporales unas, y otras incorporales sobre las cuales hablarémos en el título siguiente. De las corporales las hay unas muebles ó semovientes, y otras inmuebles, *l. moventium* 93. *de verb. sign. l.* 13. §. 2. *de re jud.* Dos circunstancias principalmente debemos considerar aquí: lo que en estas cosas tienen los particulares, y el modo de adquirirlas. Lo que tienen los particulares en ellas, ó es derecho real, ó personal. Los derechos reales son estos: el dominio, ya pleno ó menos pleno, que tambien se llama dominio, y dominio útil, como es el derecho enfitéutico y el superficiario: el usufructo, los derechos de los predios; el derecho de posesion; la prenda ó hipoteca. El derecho personal ó *ad rem* es el que en una palabra se llama obligacion ó crédito.

2. El doctísimo Tuldeno opone el comer-

cio al dominio; no á la obligacion, y malamente á mi parecer en este tratado; pues el comercio no es una cosa externa que exista en nuestros bienes, y que podamos adquirir, enagenar, legar ó dejar á nuestros herederos como es la obligacion; sino un derecho propio de la persona, derecho que no tienen todos los que están en la ciudad; pues es la facultad de comprar, vender ó mas bien el derecho de contratar con otro, *l.* 5. *de just. et jur. l. quod si minor.* 24. §. 1. *de minoribus.* Ulp. *tit.* 19. §. 4. Por lo que, aquellas cosas que no pueden venderse, ó sobre las que no puede estipularse ó contratarse se dice que están fuera del comercio. Por otra parte, la obligacion que nace de delito se refiere tambien aquí, y jamás diré que semejante obligacion provenga del comercio, pues que el significado de esta palabra (*commercium*) entre los Latinos no es tan lata como entre los Griegos el de συνάλλαγμα, de modo que comprenda tanto los συναλλάγματα ἀκούσια, es decir, los contratos involuntarios como los ἑκούσια, ó voluntarios. Por lo que hace al modo de adquirir, es de diversas maneras; pues el dominio y los demas derechos reales diversos de este, se adquieren de un modo diferente que la obligacion ó crédito, como aparecerá en lo sucesivo, en lo cual si tal vez los compositores no observaron con suficiente exactitud las leyes del método, no tanto debe reprendérseles como disimulárseles en consideracion al siglo en que escribieron. Empiezan por los modos de adquirir el dominio, como el principal y primero de los derechos reales.

3. El dominio es la facultad ó derecho que tenemos en la cosa, §. *ult. infr. de usufr.* y de disponer de la misma segun nuestra voluntad, *l. in re* 21. *C. de mand.* Este mismo derecho se llama propiedad, *l.* 7. §. *ex diverso* 12. *l.* 23. *h. tit. de acq. rer. dom. l.* 12. §. 1. *de acq. poss.*, aunque con esta palabra muchas veces se entiende en nuestro derecho la propiedad nuda, separada del usufructo, como á cada paso se ve en el título del usufructo, lo que sucede tambien con la palabra dominio, *l.* 6. §. *ult. C. de bon. quæ lib.* Y parece que los antiguos entendieron esta última solo de la cosa corporal, *arg. tit. Pand. de acq. rer. dom. et tit. Pand. et C. de rei vind.*, aunque algunas veces tomaron mas latamente la misma palabra, entendiendo con ella todo aquel derecho, en virtud del cual es nuestra alguna cosa, como en la *l.* 17. *quib. mod. us. am. l.* 10. §. 3. *h. tit. l.* 3. *si usufr. pet.*; en cuyo lugar la posesion se aplica tambien simplemente á una cosa incorporal, siendo así que es sabido ser propia tan solo de las cosas corporales. Vinn. Lo que aquí dice nuestro doctísimo autor de las especies del derecho real es preciso que lo investiguemos mas profundamente. No habia necesidad ninguna de que contase separadamente entre los derechos reales, el uso, el usufructo y los derechos de los predios, bastando que hubiese incluido la servidumbre. Tampoco sé como pudo omitir el derecho hereditario, que es sabido ser un derecho real segun la *l.* 9. *l.* 19. *ff. de hered. petit. l.* 1 §. *fin. ff. si quadr. paup. l.* 6. *ff. de religios.* Finalmente que el derecho de posesion no es derecho real se deduce de que perdida la posesion no se da una accion real contra un tercer poseedor, sino tan solo un remedio personal *unde vi*, *l.* 7. *ff. de vi.* B. Huber. *Præl. ad Instit. lib.* 4. *tit.* 15. §. 2. Hein.

4. *Multis modis.*) No hay cosas privadas por la naturaleza dice M. Cic. *lib.* 1. *de offic. c.* 6., sino que se han hecho tales por una antigua ocupacion, como aquellas que antes no eran de nadie; ó por medio de la victoria, como aquellas de qué nos hemos apoderado en la guerra:

Nam propriæ telluris herum natura nec illum
Nec me, nec quemquam statuit;

como dice Horácio *lib.* 2. *sat.* 2. *v.* 129. *seq.* Los modos de adquirir el dominio son muchos y varios, ya por derecho de gentes, ya por derecho civil; los que con todo para ayudar á la memoria, pueden reducirse cómodamente á pocos; y segun mi parecer los que nacen del derecho de gentes tan solo á dos. En efecto, todo lo que por derecho de gentes adquirimos, lo adquirimos, ó por un hecho nuestro ó sea ocupacion, ó por medio de nuestras cosas. Especies de la ocupacion son no solo la caza de las bestias, la cetrería ó caza de las aves, y la pesca; sino tambien la especificacion, la invencion ó hallazgo, y la aprehension de las cosas que no son de nadie, ó que dejaron de tener dueño, ó que se toman de los enemigos, y finalmente tambien de aquellas que se transfieren por la voluntad de su señor; todo lo que manifestarémos en sus respectivos lugares. Por medio de nuestras cosas adquirimos de dos modos; de manera que es nuestro todo lo que nace de nuestra cosa, y todo lo que se agrega á ella sigue tambien su condicion; pudiéndose llamar el primer modo con el nombre general de *feto*, y el segundo con el de *accesion*. Vinn. No está muy conforme esta division: mas bien se diria que los modos de adquirir son originarios, ó derivativos Originariamente se adquieren las cosas que no están en el dominio de nadie; y ó bien sim-

pliciter se adquiere la misma substancia de la cosa por medio de la ocupacion, ó bien *secundum quid* aquello que se agrega á nuestra cosa por medio de la accesion. Los derivativos son aquellos por los que se transfiere el dominio de uno á otro, y tan solo hay uno que es la tradicion. A estos pueden referirse cómodamente todos los demas modos de adquirir. Hein

Quod appellatur jus gentium). Hase añadido esto, para que alguno no piense que se habla aquí del derecho que es comun á todos los animales; sino de aquel que es propio tan solo del género humano, ó como Cayo dice en la *l. 1. hoc tit.* de aquel que todos los hombres por razon natural observan igualmente. Y siempre se ve segun escribe Castrens. *l. 1. de pact.*, que por derecho natural, cuando se refiere á las acciones propias de los hombres, se entiende el derecho de gentes ó humano, y accion propia del hombre es el tener alguna cosa de su dominio. Con todo, lo que dice Justiniano de que este derecho nace del mismo género humano se puede aplicar tan solo al derecho de gentes primario; mas no así al secundario, del cual nacen tambien algunos modos de adquirir, de los cuales se trata en este título. Tal vez el emperador tuvo en consideracion los principales modos de adquirir las cosas; los cuales se derivan de aquel derecho primitivo: con todo del mismo derecho de gentes secundario, esto es de aquel que es natural segun cierto estado de las cosas debe tambien entenderse esto παραταχικῶς, es decir, extensivamente.

TEXTO.

De ocupatione ferarum.

12. Feræ igitur bestiæ, et volucres, et pisces, et omnia animalia, quæ mari, cœlo, et terra nascuntur, simul atque ab alio capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur: nec interest feras bestias, et volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Planè qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia; potest á domino si is præviderit, prohiberi, ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eò usque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coërcetur. Cùm vero tuam evaserit custodiam, et in libertatem, naturalem sese receperit; tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cùm vel oculos tuos effugerit; vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio.

TRADUCCION.

De la ocupacion de las fieras.

Las bestias fieras, las aves, los peces y todos los animales que nacen en el mar, en el cielo y en la tierra, desde que fueren cogidos por alguno empiezan por derecho de gentes á ser propios del que los cogió; pues lo que antes no era de nadie por razon natural se concede al primer ocupante. Ni hay diferencia entre que uno coja las bestias ó las aves en su fundo, ó en el ageno (a). Con todo, si uno entra en un fundo ageno con objeto de cazar fieras, ó aves, puede el dueño si lo previere, prohibirle el que entre. Aquello que cogieres, empero, se entiende ser tuyo mientras esté en tu custodia; mas desde luego que saliere de ella, y recobrare la libertad natural deja de ser tuyo, y de nuevo se hace del que lo ocupa. Y se entiende que recobra la libertad natural cuando lo perdieres de tu vista, ó si es difícil su persecucion aun cuando lo tuvieres delante de tus ojos (b)

NOTAS.

12. *In suo fundo, an alieno*). Pues en cualquier lugar que se hallen las fieras, con tal que estén en su libertad natural no son de nadie. Maravillosamente concuerda esto con las tradiciones de los Hebreos sobre las cuales habla Selden. *de jur. nat. juxt. disc. Hebr. c. 4.*

Prohiberi, ne ingrediatur). Pues á nadie es lícito cazar en un prédio ageno contra la voluntad de su dueño, *l. 16 D. de serv. pr. rust.* y si alguno lo hiciere está tenido por la accion de injurias, *l. 13. §. ult. de injur.* A pesar de esto, empero, la presa se hace del que la ha cogido; pues la prohibicion no muda la naturaleza del animal.

Difficilis). No tanto, empero, que sea imposible como malamente piensa Acursio, *l. 5. pr. l. 44. eod.*

COMENTARIO.

1. *Por qué circunstancias se ha de considerar si un animal es fiero ó manso?*
2. *Las fieras cogidas en un fundo ageno se hacen del que las coge, y qué es lo que se observa sobre los peces cogidos en un estanque ageno?*
3. *Qué sucede cuando uno, contra la prohibicion del dueño del fundo entrare en él y cogiere una fiera?*
4. *Las presas que hemos hecho cazando no son nuestras sino mientras las retenemos en nuestro poder.*

El primero y principal de los modos de adquirir las cosas por derecho de gentes es la ocupacion, cuya extension puede comprenderse por lo que poco antes hemos dicho. En este §. y en los cuatro siguientes, sacados de la *l. 3. et l. 5. eod.* se trata de la ocupacion de las fieras que generalmente se llama caza; cuyas especies son la caza de los cua-

(a) L. 17. tit. 28. P. 3.
(b) L. 19. d. tit.



drúpedos, la cetrería y la pesca. Asi que las bestias fieras, los cuadrúpedos, las aves y los peces desde el momento que han sido cogidos por alguno; esto es, aprehendidos y reducidos á su poder se hacen por derecho de gentes propios del mismo; y este es un modo de adquirir muy antiguo y concedido por la misma ley natural, *cap.* 1. *Genes. et Psal.* 8.; y esta fué tambien la opinion de los estóicos segun Cic. 1. *de offic. c.* 6. y Arist. 1. *pol.* 4., al decir que todas las cosas que se crean en la tierra las produjo la naturaleza para el uso de los hombres.

1. *Feræ*). Cosa fiera es lo contrario de una cosa mansa; pues generalmente llamamos fieros á todos aquellos animales que tienen naturalmente el instinto de vagar libremente por la tierra, el mar ó el aire. Por lo que segun algunos se llaman fieras *á ferendo*, porque se dejan llevar de su ímpetu natural, ó porque se apartan (*se auferunt*) á la soledad y huyen de la vista de los hombres. Y no excluimos de este número aquellas que se han domesticado con la compañía de los hombres; pues el ser fiero ó manso un animal se ha de deducir de su naturaleza, no de la costumbre, §. *pavonum* 15. *infr. eod.* Con todo, lo que se dice en este párrafo solo pertenece á la ocupacion de aquellos animales, que ó bien no han sido aun ocupados por nadie, ó que habiéndolo sido han recobrado su libertad natural.

Cœlo). Cielo en vez de aire. Οὐρανόν εἴρηκε κατὰ τό τῶν ἰδιωτῶν ἔθος τὸν ὑπὲρ ἡμᾶς ἀέρα μέχρι τῆς χώρας νεφελῶν, es decir, el cielo contiene para el uso de los particulares el aire que está encima de nosotros hasta la region de las nubes, Galen. *com.* 2. *in.* 2. Hipp. *de morb.* y asi tambien los sagrados escritores, Matth. c. 6. v. 6. ἐμβλέψατε εἰς τὰ πετεινὰ τοῦ οὐρανοῦ, esto es: *Mirad las aves del cielo*

Quod ante nullius est). Con tal que sea de naturaleza que pueda ser de alguno; pues las cosas que no están en el comercio de los hombres como son las de derecho divino y las públicas, es sabido que no vienen comprendidas en esta regla, á pesar de que no sean de nadie; ni tampoco las cosas hereditarias las acuales interin no se ha adido la herencia las cuenta Cayo entre las cosas de nadie, *l.* 1. *de rer. div.;* pues que en el entretanto la herencia representa al dueño, *l. non minus* 51. §. 1. *de hæred. inst.* Semejante al axioma propuesto es aquel de Quintiliano *declam.* 13. *Lo que nace para todos es premio de la industria.* Plaut. *in Ruden. act.* 4. *scen.* 3. *Es mio lo que he cogido con la red y el anzuelo.*

2. *Nec interesset, utrum in suo fundo*). Esto es una amplificacion de la regla puesta, á saber, de que tambien los animales cogidos en un fundo ageno se hacen del que los coge; y no es obscura la razon de esto, pues en cualquier lugar en qué se hallen las fieras, con tal que esten en su libertad natural no son de nadie, y por consiguiente pasan al poder del primer ocupante. Así tambien sucede con los peces que estan en un estanque ageno y con las fieras que vagan por las selvas cercadas, por cuanto estan en su libertad natural, *l.* 3. §. *item feras* 14. *de acq. poss.* No ignoro que son de diverso sentir Hotomano y Wesembecio; pero si estos peces ó fieras no los posee el dueño del estanque ó de la selva como elocuentemente dice Paulo en dicho lugar, se sigue que ni tampoco es dueño de los mismos; siendo tal la naturaleza de todas las fieras que su dominio no puede adquirirse ni retenerse sin la posesion; lo que debió haberles manifestado este solo §. Con todo, concedo que debe tenerse aquí en consideracion la costumbre de los lugares, como tambien respecto de otras muchas cosas que se tratan en este título. En nuestro siglo prevalece la opinion contraria.; de modo que las fieras que están en selvas propias de los particulares, y los peces encerrados en los estanques se considera que los posee el dueño de los mismos y que están en su dominio, Grot. 2. *jure bell. et pac.* 8. *n.* 2. Tulden. *hic. cap.* 17.; lo que los antiguos solo admitian cuando las fieras estaban encerradas en vivares y los peces en las piscinas, *d. l.* 3. §. *item feras* 14.

3. *Potest á domino prohiberi*). Que sucederá, empero, si á pesar de la prohibicion del dueño el cazador se hubiese introducido en el fundo ageno y cogido la fiera? Vulgarmente se dice que aun en este caso se hace esta del que la coge, y muy bien; pues esto es una consecuencia de la regla anterior. Ni obsta el que á nadie sea lícito cazar en un prédio ageno contra la voluntad de su dueño, *l.* 16. *de serv. rust. præd.*, pues esta prohibicion no puede mudar la naturaleza del animal ni hacer que aquello que ha sido cogido se haga propio del que lo prohibe; de otro modo el dueño no solo tendria la accion de injurias, *l.* 13. §. *ult. de injur.*, sino tambien la vindicacion de la cosa y la condicion furtiva, Christ. *vol.* 5. *dec.* 84. *n.* 17. *et seq.* Pone Angelo, é insiguiendo al mismo, Canciuncula la excepcion del caso en que el fruto del fundo consista en la misma caza, cetreria ó pesca, *arg. l. venationem* 26. *de usufr. l.* 9. §. *aucupiorum* 5. *de usufr.*; pero si realmente forman las aves, las fieras y los peces los frutos del fundo, ni aun cuan-

do el dueño lo ignore, y no prohiba la entrada se hacen del que los coge. De la comun opinion se apartan Cujacio, 4. *obs.* 2. Wesemb. *ad Schneid.* y Tuld. *hic. cap.* 16.

4. *Eo usque tuum esse intelligitur, etc.*) Otra amplificacion de la regla anterior, á saber, que esta tiene lugar aun cuando la fiera haya sido ya cogida antes por alguno, si despues hubiese recobrado su libertad natural: pues lo que se ha adquirido cazando por medio de la ocupacion no es nuestro sino mientras que está en nuestra potestad y custodia; pero desde el momento que saliere de ella y recobrare su libertad natural deja de serlo, y de nuevo se hace del ocupante, *l.* 5. §. 2. *eod.* Christin. *d. dec.* 84. *n.* 20.; lo que debe notarse como una cosa singular en el dominio de las fieras, pues que el de las otras cosas se retiene aun despues de perdida la posesion. Con todo, para que alguno no crea ser esto contra la equidad, se dispuso que se entendiera que el animal cogido se habia escapado de la custodia del primer dueño y recobrado su libertad natural cuando hubiese huido de tal modo que lo hubiese el dueño perdido de vista, ó si lo viere aun fuese ya muy dificil el perseguirle, *d. l.* 5. *in pr. l. Pomponius* 44. *h. tit.* Sobre lo que deberá seguirse lo que el juez fallare conforme á equidad. Gloss. Porc. Cautinne. *hic.*

« En España los animales libres cogidos en « un fundo ageno, habiendo el dueño prohi- « bido la entrada, ó que se cazase en él, no « se hacen del que los coge, sino del dueño « del fundo segun la *l.* 17. *tit.* 28. *p.* 3., su- « cediendo lo mismo con las abejas, *l.* 22. « *d. tit.* y Greg. Lop. en su *glosa* 3. *á ella.* « Las palabras de dichas leyes son tan claras « que dificilmente admiten la interpretacion « que de ellas hizo en sentido contrario Co- « var. *cap. peccatum de reg. jur. p.* 2. §. 8. « *nu.* 5. *y* 9. »

TEXTO.

De vulneratione.

13. Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit statim tua esse intelligitur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam, et eousque tuam videri, donec eam persequaris: quod si desieris persequi, desinere tuam esse et rursus fieri occupantis. Alii vero putaverunt, non aliter tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quod multa accidere solent, ut eam non capias.

TRADUCCION.

De la herida.

Se pregunta si en el caso en qué una bestia fiera fuese herida de modo que pudiese ser cogida se hace desde aquel mismo momento tuya? Y algunos quisieron que efectivamente sea así, y que sea tuya mientras la persiguieres, pero qué si dejares de perseguirla deje tambien de ser tuya, y de nuevo se haga del ocupante. Otros, empero, pensaron que no se hace tuya sino en caso que la cogieres; y nosotros confirmamos esta última opinion porque suelen acontecer muchas cosas que impiden el que la cojas (a)

NOTAS.

13. *Non aliter quam si ceperis*). *D. l.* 5. §. 1. Pues no con la esperanza y la intencion se hacen nuestras las fieras, sino con la mano y ocupacion *l.* 53. *eod.*

Multa accidere solent). Como dice el adagio griego: πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου; Gell. 13. *cap.* 16., esto es segun nuestro correspodiente castellano, *de la copa á la boca hay gran distancia.*

COMENTARIO.

1. *La fiera se hace, no del que la hiere sino del que la coge.*
2. *Porqué haciéndose la fiera nuestra desde el momento que la cogemos, no deja tambien de ser nuestra desde el momento que se escapa?*
3. y 4. *Que es lo que se observa actualmente acerca de la caza de las fieras y su defensa é interpretacion.*

1. Hubo algunos de los antiguos prudentes entre los que se cuenta á Trebacio, que pensaban que una bestia fiera luego despues de herida por el cazador de modo que pareciese fácil el poderla coger, se hacia del cazador, permaneciendo suya mientras tanto que la persiguiese; pero esta opinion no prevaleció, porque segun la regla anterior la fiera se hace, no del que la hiere y persigue, sino del que la ocupa y coge. No puede empero, decirse que haya cogido la fiera aquel que tan solo tiene esperanza de cogerla; pues pueden acontecer muchas cosas que frustren esta esperanza y hagan que se escape la fiera; *l.* 5. §. 1. *eod.* Πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου; esto es, *de la copa á la boca, etc.* como dice el adagio griego; y así dice haber sido fallado Christineo, *vol.* 5. *decis.* 84. *n.* 23. Grocio *lib.* 2. *man. cap.* 4. advierte que aquel que coge una fiera que otro persigue, aun cuando se haga dueño de ella, con todo puede ser multado por los guardabosques como que caza indebidamente.

2. Por qué causa, empero, se preguntará, una fiera se hace nuestra desde el momento que la cogemos, y por el contraio una vez cogida, si despues huyere no deja de ser nues-

(a) L. 21. tit. 28. P. 3.

tra desde luego, sino que conservamos nuestro derecho sobre la misma mientras la perseguimos con esperanza de recobrarla? La razon de esto es porque la posesion, de la que se deriva el dominio de las cosas por derecho de gentes, se retiene con mayor facilidad que la con que se adquiere. Para adquirirla no basta que la cosa esté á nuestra vista y que tengamos el ánimo y esperanza de cogerla, sino que son precisas la ocupacion y aprehension corporal, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *f. de acq. vel amitt. poss.* (a). Para retener, empero, la posesion una vez adquirida, basta el solo ánimo, *d. l.* §. *saltus* 11. *l.* 1. §. *quod vulgo* 25. *unde vi* (b). Y se entiende que tenemos este ánimo mientras conservamos una fundada esperanza de recobrar la cosa; mas desvanecida aquella se considera que dejamos de tener el ánimo de poseer.

3. Hay algunos que piensan que no se puede sin injuria privar á nadie de cazar las fieras, y de que las haga suyas habiéndolas cogido; pues que esto es lícito á todos por derecho natural, el que es inmutable, Tiraq. *de Nobil.* c. 37. *n.* 144. Menoch. *cons.* 298. *n.* 18. *lib.* 3. y otros que se refieren en Fachin. *lib.* 1. *contr. c.* 4.: pero lo mas cierto es que se puede hacer esto, pues que dicha facultad es de derecho natural permisivo, no preceptivo, de modo que siempre tenga que ser lícita; y aun cuando la ley civil no pueda mandar nada de lo que prohibe el derecho natural, ni prohibir, lo que este manda; con todo, puede limitar la libertad natural y prohibir lo que naturalmente era lícito, y hasta anticiparse en el efecto al mismo dominio que ha de adquirirse naturalmente, Grot. 2. *de jur. bel. c.* 2. *n.* 5. *et c.* 3. *n.* 5. Este es tambien el parecer de Covarrubias *in relec. c. pecatum de reg. jur. in* 6. p. 2. §. 8. cuando dice que las fieras, las aves y los demas animales, por derecho natural no son comunes positiva y afirmativamente, porque sean propios de todos, sino negativamente, porque no son de nadie y por derecho natural á nadie se han destinado; por lo que, puede la ley humana concederlos con justa causa á uno con preferencia á otro. No obsta, pues, lo que muchas veces leemos en nuestros libros de que por derecho natural es libre el cazar semejantes animales; pues esto es cierto cuando ninguna ley civil lo prohibe; y las leyes romanas dejaron en su estado primitivo muchas cosas, sobre las que otras naciones dictaron varias disposiciones. Cuando, empero, la ley civil establece alguna cosa, el mismo derecho natural manda que esto se observe. De donde con todo nace tanta variacion del derecho comun? En otro tiempo pienso que en parte esto trajo su orígen del consentimiento de los pueblos, que dejaron al príncipe el derecho de cazar en compensacion de los cuidados del gobierno, en parte tambien del mismo poder de los príncipes á quienes les pareció convenia á la pública utilidad el poner un freno á la comun licencia, ya para que no se perdiese enteramente la caza con tanta muchedumbre de cazadores, ya tambien á fin de que los hombres rústicos y plebeyos con el objeto de la caza no se distrajesen de la agricultura ó de su trabajo: y tal vez tambien por otras causas que pueden verse en Wesemb. *parat. de acq. rer. dom.* Covar. *prœd. loc.*

4. Lo que conviene saber es, que no se ha derogado con esto la adquisicion del animal cogido, sino tan solo el derecho de cazar: por lo que, si un hombre plebeyo ó algun otro que no tiene este derecho cogiere alguna fiera, aunque incurrirá en la pena establecida por las leyes, con todo la fiera se hará suya; pues apesar de que se mande en las mismas quitársele esta, no es tanto porque habiéndola cogido no se haga suya, sino porque se le considera indigno de poseerla, y al mismo tiempo merecedor de esta pena. Por una razon análoga se quitan á semejantes hombres los lazos, flechas y otros instrumentos propios para la caza. Pero si aquello que ha sido cogido se ha entregado con justa causa á otro que lo ha recibido de buena fé, no podrá quitársele; pues no posee una cosa furtiva ó agena para que pueda ser vindicada del mismo, ni puede decirse que merezca la pena de la ley aquel que en nada delinquió, ni la infringió en nada, *l. aliud. est.* 131. *de verb. sing.* Semejante á esto es lo que dijimos de la fiera cogida en un fondo ageno que se hacia del que la cogia, aun cuando no sea lícito cazar en un fondo ageno contra la voluntad de su dueño. Así tambien piensa Covar. *d.* §. 8. *n.* 5. *et seq.* Christin. *ubi sup. n.* 17.

« Entre nosotros hay tambien algunas res« tricciones al derecho de cazar y pescar, y « en el edicto del año 1772 se prohibe abso« lutamente cazar en los tiempos de cria, á « saber; de puertos acá, desde el 1.° de mar« zo hasta 1.° de agosto, y de los puertos al « Océano hasta el 1.° de setiembre, con algu« nas otras modificaciones que pueden verse « en el citado edicto. Con todo, por el real « decreto de 3 de mayo de 1834 se muda« ron muchas disposiciones de dicho edicto, « concediéndose en el art. 1.° del mismo la

(a) L. 21. tit. 28. P. 3.
(b) L. 12. tit. 30. P. 3.

«facultad de cazar en sus tierras libremente «en cualquier tiempo del año, sin traba ni «sujecion á regla alguna, á los dueños parti«culares de las mismas, y á aquellos á quie«nes los mismos concedan permiso por es«crito, *art.* 2. *del mismo real decreto.*»

TEXTO

De apibus.

14. Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, eximere quilibet potest. Planè integra re, si prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est; alioquin occupantis fit.

TRADUCCION.

De las abejas.

La naturaleza de las abejas es tambien fiera; así que, aquellas abejas que posaren en tu árbol antes de que las encierres en la colmena no se entiende que sean tuyas, mas de lo que lo son las aves que hicieren su nido en tu árbol; por lo que, si otro las encerrase este será el dueño de las mismas; y tambien puede cualquiera apoderarse de los panales que tal vez hubieren hecho. Con todo, si estando integra la cosa previeres que alguno va á entrar en tu fundo puedes con derecho prohibirle el que entre. Tambien el enjambre que saliere de tu colmena se entenderá tuyo, mientras tanto que esté á tu vista; de otro modo se hace del que lo ocupa (a).

COMENTARIO.

1. *Todas las abejas son por naturaleza salvaje, no tan solo aquellas que llaman tales los escritores de agricultura.*

Como acerca de algunos animales podia dudarse si eran por naturaleza fieros ó mansos, y principalmente de las abejas, pavos, palomos, gallinas y gansos, no sin motivo nos enseñó el emperador en este lugar en qué clase deben contarse estos animales. Primeramente puede suscitarse alguna duda acerca de las abejas por lo que dice Plinio de que no son ni mansos ni fieros, *lib.* 11. *nat. hist. c.*5. Varron, *lib.* 3. *de re rust. c.* 16. las divide en fieras y mansas, como tambien Columela *lib.* 9. Plinio, *d. lib. c.* 18. las divide en rústibas ó salvages y urbanas. Nuestro Ulpiano, *l.* 8. §. 1. *fam. erc.* puede parecer que considera á estos animalejos entre los mansos, cuando segun el parecer de Pomponio responde que las abejas vienen comprendidas en el juicio de la division de la herencia, porque estan en nuestro patrimonio, y aquel que se las lleva comete hurto. Paulo, empero, en la misma materia manifiestamente distingue las fieras de las mansas, *l. si apes* 26. *de furt.*

1. Pero no hay duda ninguna en que, aun, que haya diversas especies de abejas es una misma la naturaleza de todas ellas, y todas son fieras y salvages como aquí lo dice Justiniano, insiguiendo á Cayo, *l.* 5. §. 2. *h. tit.*; pues todas ellas divagan libremente y con frecuencia mudan de lugar y de colmena; aun aquellas mismas que fueron alguna vez encerradas; por lo que, aunque Plinio las considera de una especie mixta, tal vez por lo que observó en ellas de que se parecen á los animales mansos; con todo, en la materia de que tratamos deben considerarse enteramente como á fieras. Ni obsta la distincion de Varron; pues distinguiendo las fieras de las mansas no por su naturaleza, sino por el lugar en que habitan, y llamando fieras á las que se encuentran en parajes silvestres, y mansas á las que viven en sitios poblados, es manifiesto que llama mansas no á las que son tales por naturaleza, sino por el cuidado de los hombres, habiendo dicho mansas en vez de amansadas, ó mas bien en vez de aquellas que son menos fieras, y que ocupadas se domestican mas fácilmente que las salvajes. Con todo, Ulpiano, *d. l.* 8. §. 1. *fam. erc.* habla claramente de las abejas que encerradas ya en colmenas se han domesticado de tal modo que aun cuando salieren de ellas vuelven espontáneamente al mismo lugar; y á esta especie opone tambien las fieras Paulo en *d. l. si apes* 26. *de furt.* Es sabido que los animales que siendo antes fieros se han amansado y domesticado de modo que tengan la costumbre de ir y volver, cuando se trata de su ocupacion, y mientras conservan dicha costumbre se consideran de la misma condicion que los mansos; por lo que, muy bien argumenta Quintiliano *declam.* 13. que son nuestras aquellas abejas que por la mañana salen de nuestras colmenas y que por la tarde vuelven espontáneamente á ellas, concluyendo con el sol su trabajo. VINN. Muy bien se dice que las abejas son fieras por naturaleza si se dividen los animales en solo dos especies; á saber, en fieros y mansos; pero si se dividen en tres; esto es, en fieros, mansos y amansados, (pues acontece muchas veces que una division de una misma cosa tiene, ya dos,

(a) L. 22. tit. 28. P. 3.

ya tres miembros: véase al celebre Noodt, *Probab. l.* 1. *cap.* 12.) entónces no son de naturaleza fiera aquellas abejas que encerradas en las colmenas van y vuelven. Y en este sentido parece que ha de tomarse lo que dice Ulpiano en la *l.* 8. §. 1. *fam. ercisc.* Y hay una evidente diferencia entre los animales fieros y los amansados: aquellos no son de nadie y por lo tanto, se hacen del primero que los ocupa; estos están en el dominio y si fueren hurtados se hacen furtivos mientras que no hubiesen abandonado la costumbre de volver, *l.* 5. §. 6. *et l.* 44. *ff. de adq. rer. dom.* De ahí se vé fácilmente la razon porque en el §. 16. *inf. h. tit.* se niega que los gansos y las gallinas sean fieros por naturaleza, á pesar de que hay gansos y gallinas que son de naturaleza salvage. HEIN.

Antequam á te alveo includantur.) Pues el tenerlas encerradas es una especie de ocupacion, y aquellos animales que se han hecho nuestros por medio de esta, permanecen en nuestro poder y no pueden ser ocupados por otro mientras que retenemos su posesion, *l.* 5. §. *quidam* 16. *de acq. poss.* La colmena es χειροποίητος, esto es, una cosa artificial hecha de mimbres ó de una corteza delgada; mas el panal lo nacen las mismas abejas. Varr. *de re rust. cap.* 16.

Volucres quæ in arbore tua nidum fecerint.) Así como el que las aves hagan su nido en un árbol nuestro, no hace el que las mismas ó sus hijos deban considerarse nuestros, así tampoco el acto de posarse las abejas en un árbol nuestro hace que las mismas ó las de ellas nacidas sean nuestras, sino que conforme á la regla anterior serán del que primero las ocupare y encerrare en una colmena. Lo mismo que se dice de las abejas debe entenderse del panal, si tal vez hicieren alguno en nuestro árbol antes de encerrarlas en las colmenas, *d. l. si apes.* 26. *de furt.*

Poteris eum jure prohibere). Con un derecho igual al que se tiene si se prohibe con anticipacion la entrada en el fundo á aquel que intenta entrar en él con el objeto de cazar; contra quien, si á pesar de nuestra prohibicion entrare, tenemos la accion de injuria, segun dijimos poco há, por la ley 13. §. *ult. de injur.*

Exámen.) Y no solo el enjambre viejo, sino tambien el nuevo nacido de aquel, el que es sacado de la colmena para ir á buscar un nuevo sitio; pues que si la naturaleza de los padres es fiera necesariamente debe serlo tambien la de su prole.

TEXTO.

De pavonibus et columbis et ceteris animalibus mansuefactis.

15. Pavonum quoque et columbarum fera natura est: nec ad rem partinet, quod ex consuetudine evolare et revolare solent; nam et apes idem faciunt; quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque quidam ita mansuetos habent, ut in silvam ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est; ut eo usque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

TRADUCCION.

De los pavos; palomos y demas animales domesticados.

Tambien es fiera la naturaleza de los pavos y de los palomos. Ni importa para el caso el que tengan la costumbre de ir y volver; pues tambien la tienen las abejas, las que es sabido que son fieras por naturaleza. Tambien hay algunos que tienen siervos tan domesticados que acostumbran ir al bosque y volver de él; y sin embargo nadie niega que sea fiera su naturaleza. Respecto de aquellos animales que tienen la costumbre de ir y volver se observa la regla de que se consideran tuyos mientras tiene la intencion de volver; pero si dejaren de tenerla, dejan tambien de ser tuyos, y se hacen de los que los ocupan. Y se entiende que dejan de tener la intencion de volver cuando han perdido dicha costumbre (a)

NOTAS.

14. *Pavonum et columbarum*). *D. l.* 5. §. 5. Estas aves, empero se domestican fácilmente y se familiarizan en las casas; pues por naturaleza son menos fieras y se apartan menos de la compañia de los hombres: véase á Varron 3. *de re rust.* 7. Colum. *l.* 8. *c.* 15.

Revertendi consuetudinem deseruerint). Espontáneamente, se entiende, no estando detenidos por otro, *l.* 8. §. 1. *D. fam. erc.*; lo que debe apreciar el juez segun las circunstancias, Wesemb.

COMENTARIO.

1. *Los pavos y palomos se conside[ran] fieros aunque no todos tengan una naturaleza fie[ra].*

1. Otra duda puede ofrecerse acerca de los pavos y de los palomos, á lo menos con respecto á ciertas especies: y por lo que

(a) L. 23. tit. 28. P. 3

hace á los primeros, los escritores de agricultura distinguen los pavos salvages que habitan en las islas y bosques de aquellos que pacen en los campos á manadas, Varron, *lib.* 3. *de re rust.* y Columel. *lib.* 8. *c.* 11. Y el mismo Varron, *d. lib. c.* 7. pone dos especies de palomos, los unos salvages que comprenden los que se tienen en las torres y lugares elevados de las casas, (*columina*) de cuya palabra latina se deriva el nombre de (*columba*) paloma; y los otros domésticos que satisfechos con el manjar que se les da acostumbran á pacer dentro de los límites de la casa. De la union de los domésticos y salvajes nace un tercer género mixto; pero lo mismo puede responderse aquí que lo que hemos dicho de las abejas; á saber, que hay algunas especies de pavos y tambien de palomos que son menos fieros por naturaleza y aborrecen menos la compañía de los hombres; pero que todos ellos se consideran fieros, porque fácilmente huyen y se reunen con los salvages. Ciertamente Cayo. *l.* 5. §. *pavonum* 5. *hoc tit.* y Justiniano aqui, cuentan simplemente estas aves en el número de aquellas que son fieras, lo que hace tambien Grocio, *lib.* 2. *man. c.* 5. Es verdad que Pomponio hace mencion de un pavo manso, *l. si pavonem.* 57 *de furt.*; pero creo dijo *manso* en vez de *amansado.* De ningun modo prueba que sean mansos el que estas aves tengan la costumbre de ir y volver; pues que lo mismo se observa entre las abejas y los siervos cuyo natural, á pesar de que es fiero puede con todo domesticarse de tal modo que algunas veces se vayan y espontáneamente vuelvan á casa. Un ejemplo de un siervo así enseñado por los hijos de Tyrreo y principalmente por la hija Silvia tenemos en Virgilio. *lib.* 7. *Æneid.*, y otro de la sierva Sertoriana en Plutarch. *in Sertor.* Con todo, es preciso confesar que esto es quizá natural en los pavos y palomos, y que se asemejan mas á los animales mansos que no á los fieros.

In iis autem animalibus). A saber, fieros por naturaleza pero ἡμεροθεῖσι καὶ εἰς τὸ πρᾶον ἐκ τοῦ θηριώδους μεταβαλλομένοις, es decir, domesticados, ó de fieros convertidos en mansos; de los cuales se trata aquí, pues acerca de los mansos que naturalmente viven en compañía de los hombres se observa lo que se dice segun Cayo en el §. *sig.*

Cum revertendi consuetudinem deseruerint). Lo que pareciere al juez segun las circunstancias; pues no está conforme el parecer de aquellos que consideran haberse perdido la costumbre de volver por alguna intermision; aunque así lo opinan muchos segun Wesembecio. Con todo, si alguno por medios prohibidos apartare por ejemplo de nuestro palomar las palomas que van y vuelven, de modo que pierdan esta costumbre, no hay duda que se dará contra él una accion *in factum* y hasta de hurto para el recobro de los que haya recojido, *l.* 8. §. 1. *fam. erc.*

« Por los *arts.* 20. 21. 22. 23. y 24. de « dicho real decreto citado se dispone: 1.° « que no pueda tirarse á las palomas domésti« cas sino á la distancia de mil varas de sus « palomares. 2.° Que los dueños de estos « deban tenerlos cerrados durante los meses « de octubre y noviembre para evitar el da« ño que pueden ocasionar las palomas en « los sembrados, y durante la recoleccion de « las mieses desde 15 de junio hasta 15 de « agosto 3.° Que durante dichas épocas es « libre tirar á las palomas domésticas á cual« quier distancia fuera del palomar, aunque « sea dentro de las mil varas, siempre que en « este último caso se tire con las espaldas « vueltas al palomar.»

TEXTO.

De gallinis et anseribus.

16. Gallinarum autem et anserum non est fera natura, idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus, item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati turbatæve evolaverint licèt conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelligauntur; et qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.

TRADUCCION.

De las gallinas y de los gansos.

Con todo, la naturaleza de las gallinas y de los gansos no es fiera. lo que podemos saber porque hay otras gallinas que llamamos fieras, y tambien otros gansos á quienes damos este nombre. Asi pues, si tus gansos ó tus gallinas, alborotados de cualquier modo que fuere, se hubieren escapado aun cuando los hayas perdido de vista y en cualquier lugar en que se hallen, se consideran tuyos y aquel que los retiene con ánimo de lucrar se entiende que comete hurto (a).

COMENTARIO.

1. *Concédese la accion de hurto por la accion de quitar una gallina ó un ganso.*

Ultimamente se duda de las gallinas y de los gansos, y desde un principio niega Justiniano que sea fiera la naturaleza de estas aves, y lo mismo hace Cayo *l.* 5. §. *gallinarum* 6. *h. tit.* Mas en seguida, así aquel como este las dividen en dos especies, de las cua-

(a) L. 24. tit 28. P. 3.

les la una tiene la naturaleza fiera y salvage, y la otra mansa y doméstica; cuya diferencia puede observarse en casi todas las especies de animales segun Plinio, *lib.* 8. *c.* 55. De las especies de gansos y gallinas y de su naturaleza escribieron el mismo Plinio *l.* 10. *c.* 21. Varr. *lib.* 5. *de re rust. c.* 9. y Colum. *lib.* 8. *c.* 2.

Quocumque loco sunt, tui tuœve.) Hay una regla general perteneciente á todas las especies de animales mansos, la que dice que permanecen nuestros, aun cuando hubieren huido de modo que los hayamos perdido de vista, y aunque ignoremos en donde están; haya esto acaecido del modo que se quiera, pues que respecto de dichos animales no tiene lugar la ocupacion. Por lo que, aunque por ejemplo un lobo me hubiese arrebatado una oveja, esta no deja de ser mia mientras pueda recobrarse, y si por casualidad alguno se la quitare al lobo persiguiéndole con sus perros no la hará suya, sino que deberá restituirmela cuando se la pidiere, *l. Pomponius* 44. *h. tit.* Tres reglas, pues sentarémos para las tres especies de animales, como resúmen de lo que hasta aquí hemos dicho. 1.ª Los animales fieros cuya libertad nunca les ha sido quitada, ó que habiéndolo sido la recobraron se hacen del que los ocupa. 2.ª Los animales mansos en cualquier lugar en que se hallen permanecen nuestros y nadie puede adquirirlos por medio de la ocupacion. 3.ª Los domesticados de modo que acostumbran ir y volver, mientras conservan esta costumbre, se consideran de la misma naturaleza que los mansos; pero perdida la intencion de volver son del primero que los ocupa como las demas fieras segun la regla general.

4. *Furtum committere intelligitur*). *L.* 5. §. *gallinarum* 6. *d. l. Pomponius* 44. *h. tit.* Lo que tambien se observa en los domesticados si uno hurtare estos animales cuando aun tenia la costumbre de ir y volver, *l.* 8. §. 1. *fam. erc. l. si pavonem.* 37. *de furt.* y en todos estos lugares se dice que tambien compete la accion de hurto; pues que la justicia lo exige; por cuanto debe estimarse esta no por la cantidad sino por sus reglas. Ni es contrario á esto lo que leemos que no se da la accion de dolo por una cosa ó cantidad mínima; por ejemplo por dos aureos, *l.* 9. *in fin. cum.* 2. *ll. seq. de dol.*, puesto que la accion de dolo ademas de ser famosa como la de hurto, es un remedio extraordinario, y solo se da subsidiariamente cuando no hay otra accion, y para conseguir una cosa de algun momento, *l.* 1. §. *ait Prœtor* 1. *de dol.* VINN. Merece que se lea lo que acerca del hurto de una cosa de gran precio expone elegantemente el ilustre Bynkersh. *Obser. lib.* 1. *cap.* 3. HEIN.

TEXTO.

De occupatione in bello.

17. Item ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur: qui tamen si evaserint nostram potestatem et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

TRADUCCION.

De la ocupacion en la guerra.

Tambien aquellas cosas que tomamos á los enemigos se hacen nuestras desde luego por derecho de gentes, de modo que hasta los hombres libres se reducen á nuestra esclavitud; los que con todo, si huyeren de nuestro poder y regresaren á su patria recobran su primitivo estado (a).

NOTAS.

17. *Ex hostibus capimus*). *L.* 5. §. *ult. l.* 7. *pr. eod.* Aristot. 1. *pol.* 4. *et* 5.

Nostra fiunt). Por derecho de gentes las cosas de los enemigos se consideran como que no fuesen de nadie, y por lo tanto son de aquellos que las ocupan, *l.* 1. §. 1. *D. de acq. poss.*; y esto tanto respecto de las cosas inmuebles como de las muebles. Y entiéndese que las cogen no solo aquellos que lo hacen por sí mismos, sino tambien los que lo verifican por medio de otro. En los actos públicos de la guerra los particulares cooperan como á mercenarios, y adquieren las cosas para el Príncipe, ó para el pueblo que emplea sus servicios. De ahí es que la presa y los campos cogidos á los enemigos se hacen públicos, *l. pen. D. ad leg. Jul. pecul. l.* 20. §. 1. *D. de capt.*; pero fuera de los actos públicos los particulares adquieren para sí, porque no hacen las veces de mercenarios, Grot. 3. *jur. bell. c.* 6.

COMENTARIO.

1. *Las cosas de los enemigos las consideraban los antiguos como que no fuesen de nadie, y por lo tanto se concedian á aquellos que las ocupaban primero, ya por sí, ya por medio de otros.*
2. *El campo del enemigo no puede tomarse sino por medio de un acto público, y por lo tanto despues de ocupado se hace público.*
3. *Las cosas semovientes y muebles que se ocupan con un acto público se hacen del pueblo, mas no las que se cogen de otro modo.*

(a) L. 20. tit. 28. P. 3

Lo que se dice aquí y en Cayo, *l.* 5. §. *ult. eod.* de que las cosas que tomamos á los enemigos se hacen por derecho de gentes nuestras desde luego, no deja de ofrecer su dificultad; pues en otras partes leemos que el campo ocupado á los enemigos se hace público, *l.* 20. §. 1. *de capt. et postlim.*; que los bienes de los cautivos se adjudican al fisco, *l. divus* 31. *de jur. fisc.*; que los esclavos acostumbran á ser vendidos por los Emperadores, *l.* 4. §. 2. *de stat. hom.*; que aquel que hurta una cosa tomada á los enemigos es reo de peculado, *l. pen. ad leg. Jul. pec.*; en el cuerpo de los Cánones, que el botin se distribuye por la voluntad pública, *c. dicat aliquis c.* 23. *q.* 5.; y en otros autores que el botin ó sea el dinero sacado de la venta de la presa lo ponian los cuestores en el erario, Gell. *lib.* 13. *c.* 25. Vellej. *lib.* 2. Cic. 3. *epist.* 7. Todo esto prueba que los soldados adquirian las cosas de los enemigos para el pueblo, no para sí mismos. Y en cuanto al campo ocupado á los enemigos todos convienen en que se hace público; ó sea del pueblo; pero por lo que hace á las cosas muebles ó semovientes muchos opinan que primeramente é *ipso jure* se hacen de los particulares que las ocupan, pero que con todo deben entregarse al general para que las distribuya entre los soldados, Bart. *in l.* 28. *de capt.* Covar. *in c. peccatum, p.* 1. §. 2. *n.* 6. *de reg. jur. in* 6. Otros piensan que estas cosas se adquieren separadamente por los particulares. Vacon. á Vacun. *lib.* 2. *cap.* 25., y Cujacio 19. *obs.* 7. creen que las adquieren simplemente el pueblo ó el príncipe bajo cuyos auspicios se hace la guerra, *lib.* 2. *contr.* 23.; pero ninguna de estas opiniones es verdadera.

1. Pudo, es cierto, establecerse cualquier cosa de estas dos por el consentimiento de las naciones; ó bien que se adquiriesen las cosas ocupadas para el pueblo que hacia la guerra, ó bien para aquel que las ocupaba; pero aquí se pregunta que es lo que establecieron. Enséñanos Paulo segun Nerva el hijo, *l.* 1. §. *de acq. poss.* que por derecho de gentes las cosas de los enemigos se consideran como que no fuesen de nadie, y que por lo tanto se hacen de aquellos que las ocupan. No distinguen en esta materia entre las cosas muebles y las inmuebles; ni debieron distinguir; pues aquellas cosas que no son de nadie, ya sean inmuebles, ya muebles, se hacen de los que las ocupan; y no solo de aquellos que las ocupan por sí mismos, sino tambien de los que lo verifican por medio de otros, pues que no solo los siervos ó hijos de familia, sino tambien los hombres libres que alquilaron sus trabajos en la caza de las fieras, en la cetrería, en la pesca ó en buscar perlas adquieren la posesion y dominio de aquellas cosas que cogieron para otros; á saber, para aquellos que emplean sus servicios; pues que aquellas cosas que se adquieren naturalmente, podemos adquirirlas no solo por medio de nosotros mismos sino tambien por medio de cualquier otro cuyos trabajos empleamos; y aquí tiene lugar lo que se dice de que no hay diferencia entre hacer uno una cosa por sí mismo ó por medio de otro, *l. ea quæ* 53. *h. tit. l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *l.* 3. §. 1. *de acq. poss.* Así tambien entre los griegos aquellos que luchaban en los juegos Olímpicos adquirian los premios para los que á ellos les enviaban. Así es que debemos zanjar esta dificultad como lo hace Grocio, 3. *de jur. bell.* 6. *n.* 10. y Tuld. *in comm. hic.* 29. distinguiendo entre los actos públicos de la guerra, y los actos privados que tienen lugar por ocasion de la guerra pública; de modo que por aquellos se adquieren las cosas para el pueblo; por estos primaria y directamente para los particulares.

2. Las cosas inmuebles no suelen ocuparse sino interviniendo un acto público por la invasion de un ejército, y poniendo guarnicion; y por esta razon segun responde Pomponio se publica ó se hace público el campo que se ocupa á los enemigos, *l. si captivus* 20. §. 1. *de capt.* Los romanos, añadiendo esto de paso, acostumbraban, en cuanto á los campos ocupados á los enemigos, ó publicarlos; esto es hacerlos públicos enteramente, ó partirlos entre el pueblo vencedor, ó arrendarlos por medio de los Censores, y alguna vez tambien los dejaban al antiguo poseedor; ó bien los vendian enteramente, ó los daban á los veteranos, ó imponian sobre ellos alguna contribucion; de todo lo que se encuentran ejemplos á cada paso en las leyes, historias, y comentarios de los agrimensores: véase la *l.* 15. §. 2. *de rei vind. l.* 11. *de evict.* y principalmente á Brisson. 4. *select. ant.* 1.

3. Las cosas muebles y semovientes, ó se cogen en un acto público, ó fuera de él. En el primer caso se hacen del pueblo bajo cuyas órdenes militan los soldados; pues aunque se concedia alguna facultad á los generales para distribuir el botin entre el ejército; con todo, debian dar cuenta de sus actos al pueblo; lo que explica latamente Grot. *ubi sup. n.* 15.: en el segundo se hacen de los particulares que las ocupan, por que lo que cogen fuera de un acto público no se entiende que lo toman como á soldados;

aquí debe referirse aquello de Celso, *l. transfugam* 51. §. 1. *h. tit. Todas las cosas de los enemigos que están entre nosotros no se hacen públicas, sino de los que las ocupan.* Dícense que están entre nosotros aquellas cosas que al acto de declararse la guerra son cogidas entre nosotros, pues otro tanto sucedia respecto de los hombres, sobre lo que hay un notable pasage de Trifonino, *l. in bello* 12. *pr. de capt.* que dice: *Aquellos que durante la paz fueron á pais extrangero, si de pronto se declarase la guerra se hacen siervos de aquellos entre quienes se encuentran ya como enemigos, por su ado* suo fato (de este modo debe leerse y no *suo facto*, como se encuentra en los libros). Atribuye esto á la suerte ó al hado el jurisconsulto, porque sin intervenir ningun hecho por su parte se hacen esclavos, pues el atribuir esto al hado es en un sentido figurado. Así tambien aquello de Nevio: *Fato fiunt Romæ Metelli Consules.* De ahí es tambien que aquello que los soldados toman no *in procinctu* ó en una expedicion que se les manda hacer, sino en aquello que ejecutan por derecho comun, ó por solo permiso, lo adquieren desde luego para sí; pues no lo cogen como á mercenarios: así sucede con los despojos que se quitan al enemigo en un combate singular, y así tambien con aquellas cosas que se cogen léjos del ejército en una excursion voluntaria y que no se ha mandado hacer. Actualmente empero, se observa que en los asaltos de las ciudades y en las batallas cada uno hace suyo lo que coge; pero en las excursiones todas las cosas se hacen comunes de los que las verifican, debiendo repartirse entre ellos conforme á su dignidad. VINN. Debe hacerse aquí diferencia entre las milicias escogidas, y las mercenarias; y entre aquellas que ganan estipendio y las que militan á costa suya por la sola esperanza del botin; pero acerca de esto hablan otros. Pregúntase ahora si la ocupacion bélica es verdaderamente un modo de adquirir? Y ciertamente lo que es mio no puede quitárseme por otro sin hacerme una injuria, teniendo el enemigo siempre derecho de reclamar la cosa que yo le haya quitado. Así es que debe decirse que la ocupacion bélica es un modo de adquirir tan solo con respecto á un tercero; pero no con respecto al mismo enemigo, á no ser que hubiese mediado la renuncia de este derecho en la celebracion de la paz. HEIN.

Ut liberi homines in servitutem). Entre casi todas las naciones cristianas se ha establecido por mútuo consentimiento que los prisioneros hechos, aun en una guerra justísima, conserven su libertad, y que solo sea lícito el retenerlos hasta tanto que hayan pagado el precio de su rescate: lo que recuerdo haber explicado mas latamente en el *lib.* 1.

Pristinum statum recipiunt). Ya con él tambien la ingenuidad, aunque hayan sido manumitidos entre los enemigos; pues el derecho de postliminio hace que tenga tambien lugar aquí lo que muchísimas veces se ha dicho de que la manumision no daña á la ingenuidad, §. *ult. sup. de ingen.*

«La ley 24. *tit.* 28. *P.* 3.; no hace distin-«cion de casos, y si solo entre cosas y cosas, «concediendo las muebles al ocupante y las «inmuebles al Rey.»

TEXTO.

De occupatione earum, quæ in littore inveniuntur.

18. Item lapilli, et gemmæ, et cætera, quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

TRADUCCION.

De la ocupacion de aquellas cosas que se encuentran en la playa.

Tambien las perlas y piedras preciosas y demas cosas que se encuentran en la playa del mar se hacen por derecho natural desde luego del que las ocupa (a).

COMENTARIO.

La invencion ó hallazgo es tambien una especie de adquisicion natural y de ocupacion; y por el doble objeto que tiene puede dividirse en dos especies; pues, ó tiene por objeto aquellas cosas que nunca fueron de nadie; ó aquellas que dejaron de tener dueño, como es un tesoro, y las cosas dejadas por perdidas: de la primera especie se trata aquí; de la otra en el §. *Thesauros* 39. *et* §. *pen. inf. eod.*

Lapilli et gemmæ). Tales como las margaritas, las conchas, corales y otras cosas nacidas en el mar ó en la playa, que no han sido antes ocupadas por otro, *l.* 3. *de rer. div. l.* 1. §. 1. *de acq. poss.* Con todo, aquello que no ha sido producido por el mar, sino que ha sido arrojado á él por los navegantes durante una tempestad, ó lo que ha sido arrojado por las olas á la playa proveniente de un naufragio, continua siendo propio de aquellos que lo arrojaron al mar ó que naufragaron, §. *ult. inf. eod.* Entre lo que aquí se dice *Lapilli y gemmæ* dice Servio, insiguiendo á Ulpiano que hay la dife-

(a) L. 5. tit. 28. P. 3.

rencia que se llaman del primer modo aquellas piedras preciosas que naturalmente brillan mucho, y del segundo las que son de otra naturaleza; *l.* 19. §. 17. *de aur. arg. leg.*; cuya diferencia, aun cuando no se observa por otros escritores, no hay con todo razon por esto para que Valla reprenda á los jurisconsultos. Véase á Alciat. *lib.* 4. *de verb. sign.* VINN. De diferentes maneras distinguen los antiguos lo que llaman *gemmæ* de los *lapilli*; ya diciendo que aquellas son las perlas, y estas las otras piedras preciosas Broukhus, *ad Tibull. l.* 1. *Eleg.* 9., ya que aquellas son las mas preciosas, y estas las menos preciosas, Apul. *in Florid. p.* 546.; ya finalmente usando de estas palabras indistintamente. Brod. *Miscel. lib.* 10. *c.* 17. Pero aquí no se pregunta lo que significan estas palabras, sino como deben interpretarse en la materia de legados; y en cuanto á esto algo debió permitirse á los jurisconsultos: véase al ilustre varon Carol. And. Duker. *de Latin. JCt. p.* 299. *seq.* HEIN.

Statim inventoris fiunt). La invencion ó hallazgo es segun decimos, una especie de ocupacion. No, empero, desde el momento que uno empieza á ver una cosa se hace desde luego suya como piensan algunos; sino que es necesario que adquiera su posesion; esto es, si es una cosa mueble que la coja con la mano, y si es inmueble que entre en ella, *l.* 1. §. 1. y allí Coras. *n.* 12. *l.* 5. §. 5. *de acq. poss.* Con todo, si uno no la ocupó antes que otro, sino que ayudó á la ocupacion al que habiéndola hallado empezaba á ocuparla se ha decidido que debiese ser preferido este último. Horat. *Rovat. dec. Lucens.* 25. El dominio de las cosas halladas lo retiene el inventor, aun despues de perdida la posesion, segun se observa respecto de todas las demas cosas que están sujetas á nuestro dominio, excepto las bestias fieras; las que desde el momento que huyeron de nuestro poder, á la par que su posesion perdemos tambien el dominio de las mismas como si recobrasen por cierto derecho de postliminio su libertad primitiva.

TEXTO.

De fœtu animalium.

13. Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.

TRADUCCION.

De los fetos de los animales.

Tambien lo que nace de los animales sujetos á tu dominio se adquiere para ti con igual derecho (a).

(b) L. 25. tit. 28. P. 3.

COMENTARIO.

Todo lo que se adquiere por derecho de gentes dijimos que se adquiere en resúmen de dos modos ó por un hecho y ocupacion nuestra; ó por medio y beneficio de nuestra cosa. Por medio de nuestras cosas adquirimos de dos maneras: ó por el feto; esto es; adquiriendo todo lo que nace y proviene de nuestra cosa; ó por la accesion, adquiriendo aquello que se le agrega, de modo que vaya unido á la misma; cuya division conservaremos para mayor claridad. Vulgarmente los doctores comprenden estos dos modos en uno solo bajo el nombre de accesion la cual dividen despues en dos especies; á saber, en *discreta*, por ejemplo, el feto de los animales y en *continua*, como el aluvion. Algunos otros, entre los que se cuenta á Canciuncala y á Bacovio, quieren tambien que adquiramos por una cierta especie de ocupacion, no verdadera sino fingida é inventada aquellas cosas que nacen de las nuestras ó se agregan á ellas; como que en cierto modo fuesen ocupadas primeramente por nuestra cosa, y despues por medio de esto por nosotros. Pero no hay necesidad de ficcion cuando sin esta puede comprenderse la cosa del mismo modo. Añado á esto que estas cosas las adquirimos aun ignorándolo, y hasta contra nuestra voluntad. En este §. se trata del feto; y en algunos de los siguientes de la accesion.

Ex animalibus nostris). *L.* 2. *l.* 6. *h. tit.*, y tambien el parto nacido de nuestras esclavas, §. *pen. sup. de jur. pers.*, y en resúmen todo lo que nuestras cosas producen, ya sean muebles, ya inmuebles lo adquirimos con igual derecho; aunque aquí se trata tan solo del feto de los animales. Estas cosas se adquieren desde luego que nacen, aun ignorándolo nosotros y hasta contra nuestra voluntad; á saber; por medio de nuestras cosas, segun dijimos. Del mismo modo se hacen nuestros los fetos de nuestros animales que se hacen nuestras tambien las cosas nacidas en nuestro suelo; de suerte que este es el que las hace nuestras, no el acto de sembrar ó plantar, venga de donde viniere, *l. qui scit.* 25. *de usufr. l.* 11. *C. de rei vind.* Asi tambien los animales y esclavos nuestros considerándose como el suelo paren para nosotros aquello que concibieron sin que se tenga en consideracion al padre, que se asemeja ó compara al acto de sembrar, *l.* 5. §. 2. *de rei vind. l.* 7. *C. eod.* (b). Y así como los frutos separados de nuestro terreno son nues-

(b) L. 25. tit. 28. P. 3.

tros, y permanecen tales porque cuando aun estaban unidos á él se consideraban parte del mismo, *l. 44. de rei vind.*; así tambien los fetos nacidos de nuestros animales, y los partos de nuestras esclavas permanecen nuestros, porque antes de salir á luz forman una parte de las entrañas de la madre *l. 1. §. 2. de ventr. inspic.* Agréguese á esto que la misma madre al alimentar el feto emplea su propia substancia, siendo así que interinamente debe ser alimentada por el dueño. Y aunque el doctísimo Grot. 2. *de jure bell. c.* 8. *n.* 18. cree ser mas conforme á derecho natural que tenga parte en el feto el dueño del padre si se supiere quien sea este; con todo, me parece preferible la opinion de los antiguos por las razones que acabo de mencionar. VINN. La verdadera razon de esta disposicion fué que los Jurisconsultos, insiguiendo á los estóicos llamaban al feto, no un animal, sino una parte de las entrañas, Merill. *Observ. lib. 1. cap.* 16. Cuyo principio, aun cuando hoy dia no seguimos, tampoco seguimos por esto la opinion de Grocio, porque nunca ni de ningun modo puede el feto considerarse como parte del padre: véase á Pufendorff. *Lib. 4. de J. N. et G. c.* 7. §. 4. HEIN.

TEXTO.

De alluvione.

20. Prætorea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur.

TRADUCCION.

Del aluvion.

Adquieres tambien por derecho de gentes aquello que por aluvion agrega el rio á tu campo. Entiéndese por aluvion un incremento oculto; y se considera agregarse por aluvion aquello que se agregá tan paulatinamente que no puede saberse cuanto en cada espacio de tiempo se agrega (a).

COMENTARIO.

1. *El derecho de aluvion solo tiene lugar en los campos arcifinios, no en los limitados ó determinados.*

Tambien por derecho de gentes adquirimos por medio de nuestras cosas aquello que se agrega á ellas de tal modo que se une á las mismas, y las sigue; de donde esta especie de adquisicion se llama accesion. Esta tiene lugar; ó por un hecho y obra del hombre; sobre la cual hablarémos *inf.* §. *si tamen* 26. ó sin él por solo obra de la naturaleza y beneficio del rio. De este último modo hay cuatro especies de adquirir: ó bien agregándose lentamente por aluvion por medio del rio á nuestro campo; ó bien por una fuerza manifiesta del rio, que reune á nuestro predio una parte arrancada del ageno; ó por nacimiento de una isla en el rio; ó por la mutacion de cauce cuyas especies se explican por su órden en otros tantos párrafos, insiguiendo á Cayo, *l.* 7. §. *præterea* 1. *y sig. eod.*, y tratándose de la primera en este texto. En el código se encuentra tambien un título *de alluvionib.*

1. *Agro tuo*). Entiéndase un campo arcifinio; esto es, que no tiene otros límites que los naturales por aquella parte; es decir por el rio; pues que los campos limitados no disfrutan del derecho de aluvion como elocuentemente se dice en la *l. in agris* 16. *eod. leg.* 1. §. *si insula* 6. *de flum.* Segun puede colegirse por dicha ley 16 llámase campo limitado aquel que habiendo sido tomado á los enemigos, despues fué concedido por el pueblo ó por el Príncipe á los particulares para que le poseyesen de modo que estuviese circunscrito el derecho de los poseedores dentro de ciertos límites, para que se supiese que lo que de estos pasaba quedaba público, y que lo que tal vez despues se agregase acrecia para el pueblo, Don. 4. *comment.* 27. Connan. 5. *comm.* 5., quien ilustró este pasage mas que aquel, insiguiendo á Aggen. y Jul. Frontino *de qualit. agror. et controversia limit.* Semejantes á los campos limitados son los que están comprendidos dentro de cierta medida, debiéndose considerar de igual condicion en esta materia que los limitados; de modo que no tienen derecho de aluvion, por cuanto sus poseedores no pueden pasar nunca mas allá de los límites fijados, Connan. *de loc.* Grot. 2. *de jur. bell c.* 8. *n.* 12.

Flumen adjecit). A diferencia de los lagos y de los estanques en los que no se conoce el derecho de aluvion; pues así como solo los rios tienen un flujo y corriente natural que hace que muden muchas veces sus riberas y límites, así tambien ellos solos tienen el derecho de aluvion, pues aunque los lagos y los estanques crezcan ó mengüen alguna vez, con todo como conservan sus límites no reciben naturalmente el derecho de aluvion, *leg. lacus* 12. *eod.*

Incrementum latens). Dice que el aluvion

(a) L. 26. tit. 28. P. 3.

es un incremento oculto, porque se agrega á nuestro fundo tan paulatina y oscuramente, que no puede percibirse con los sentidos cuanto en cada espacio de tiempo se quita al prédio ageno y se agrega al nuestro αὔξησιν ἀνεπαίσθητον, es decir, aumento insensible. Por lo que, es mayor la equidad de esta adquisicion; puesto que lo que se agrega por aluvion se separa tan lenta y ocultamente que no puede saberse, caso de que se tratáre de su restitucion, de quien fué anteriormente, y á quien lo quitó el rio. Sobre el derecho de aluvion trataron de propósito Bart. *p.* 1. *tractat.* Tyberiad. y Bautista Aymo *en tres libros.*

TEXTO.

De vi fluminis.

21. - Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, et vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Planè, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit; arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint; ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse.

TRADUCCION.

De la fuerza del rio.

Si la fuerza del rio quitare alguna parte de tu predio y la agregare al del vecino es claro que permanece tuya. Con todo, si por el largo transcurso del tiempo se uniere con el fundo de tu vecino, y los árboles que arrastró consigo echaron raices en él, desde aquel momento se consideraran adquiridos para el fundo del vecino. (a).

NOTAS.

21. *Tuam permanere*). *L.* 7. §. 2. *D. h. tit.* La razon de esto es porque queda siendo la misma especie: y no ha sido arrebatado por culpa ó negligencia del dueño, sino por la fuerza del rio.

Radices egerint). Pues que el echar raices en una prueba de la union: con todo, aunque no hubiese ningun árbol en la parte que ha sido arrebatada, si despues esta se uniere á nuestro fundo; empieza desde aquel momento á ser nuestra, *l.* 9. §. 2. *D. de damn. inf.*

COMENTARIO.

1. *Al fin de este* §. *las palabras* videntur acquisitæ etc. *deben leerse en número singular*, videtur acquisita, etc
2. *Si despues de haberse unido al predio ageno la parte del fundo arrebatado queda aun al dueño de esta una accion para conseguir el precio?*

Propónese aquí otra especie de accesion que proviene del rio; y es de aquellas cosas que no ocultamente, sino que por la fuerza manifiesta del mismo han sido arrebatadas al predio ageno, y llevadas al del vecino. Esta accesion se diferencia mucho de la anterior; pues si una parte integra de tierra ha sido separada por la fuerza del rio del campo vecino, y agregada á nuestro prédio no la adquirimos desde luego, como adquirimos aquello que el rio agregó á este por aluvion sino que mientras no se perfecciona la union con mi tierra, la arrebatada queda de aquel de quien era antes; porque se considera la misma cosa, ó sea el mismo individuo segun se dice; ó para hablar con mas claridad y conforme á mi costumbre, porque mientras no se perfecciona la union, dicha tierra arrebatada no constituye parte de mi prédio para que deba ceder en favor de este. Desde el momento, empero, en que se perfecciona la union y está indisolublemente unida á mi campo, ya es necesario que como parte de mi fundo ceda en favor de este, y que yo la adquiera por derecho de accesion. El rio, pues, solo es en parte causa y remota de esta adquisicion; pues la próxima y principal es la union.

1. *Videntur vicini fundo acquisitæ*). Este lugar está equivocado, y debe corregirse segun las pandectas Florentinas, en las que se lee en número singular, *videtur vicini fundo acquisita*, *l.* 7. §. 2. *h. tit.*; pues asi lo exige el mismo contexto, por cuanto si se lee en plural se muda el sujeto de la cuestion, pues no se trata de los árboles que han sido arrancados y trasladados con la parte del fundo, sino tan solo de esta última que ha sido agregada á un predio ageno; y negando Justiniano y Cayo al principio que dicha parte se pierda desde luego, ó que la adquiera el dueño del predio á quien se ha agregado, ¿quien no conoce que lo que añaden en seguida sobre la adquisicion cuando la parte arrebatada se ha unido con el predio al que se agrega, debe entenderse de la adquisicion de la misma parte y no de la de los árboles, si tal vez hubiere algunos en ella que hubiesen sido arrancados y trasladados, aunque estos siguen la misma suerte de la parte agregada? Qué diríamos, sino, en el caso en que no hubiese árboles en la parte arrebatada? Diríamos por ventura qué en este caso cuando no hubiese árboles no podria aquella unirse con el predio al que se agrega, y que entónces la reunion no mudaria el dominio? De estas dos cosas, la una es-

(a) L. 26. tit. 28. P. 3.

manifiestamente falsa, y la otra lo es tambien segun nos lo manifiesta, insiguiendo á Alfeno, Ulpiano en la *l.* 9. §. 2. *damn. inf.*; y es de admirar que no tuviesen esto en consideracion Cujacio, Hotomano, Pacio y otros varios que defienden debe leerse este pasage en plural, como vulgarmente se lee. Para resumir, pues, en pocas palabras lo que he dicho; si la porcion del fundo que ha sido arrebatada y agregada al nuestro permaneciere así por tanto tiempo que se reuniere con él, y si tal vez los árboles que casualmente en ella hubiere echaren raices en nuestro fundo, (lo que en este caso será una evidentísima prueba de la union) desde entónces se considera que la hemos adquirido.

2. Otra cuestion se ofrece aquí, y es si despues de la union queda aun al dueño primitivo alguna accion á lo menos para conseguir el precio; pues parece injusto que uno se enriquezca con perjuicio de otro por un hecho que acontece sin su culpa, y esto tiene lugar en el caso propuesto en el que se trata de una parte del campo perdida, no por negligencia del poseedor, sino arrebatada por la violencia del rio; esto es, por un caso fortuito, de modo que no puede aquí achacarse al poseedor el que debió proteger su orilla. Contra esto, empero, puede decirse que la parte arrancada, no desde el momento que lo fué y se agregó á mi fundo por cierto don de la fortuna, se hace mia, sino despues de un largo espacio de tiempo, cuando ya se unió con mi fundo; y por consiguiente que aunque el primer poseedor alegue la violencia del rio, con todo, puede objetársele el que no vindicó pudiendo hacerlo la parte arrancada, sino que permitió que estuviese agregada á un fundo ageno por tanto tiempo que al fin se unió con él, y formó un solo todo; de modo que en cierta manera se considera haberla enagenado, á semejanza de aquel que permite que se le usucapa una cosa suya, *l. alienationis* 28. *de verb. sing.*; así tambien piensa Tuld. *hic. cap.* 26. Con todo, á aquellos que por un hecho ageno pierden contra su voluntad su cosa suele concedérseles la accion útil en la cosa, *l.* 5. §. 3. *de rei vind. l. quæ ratione* 9. §. 2. *hoc. tit.*, ó la que se da en subsidio de la accion real, á saber, la accion en el hecho, *l. in rem* 23 §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.*, con objeto de conseguir el precio. De una manera semejante explicaron esto tambien los antiguos, segun Jo. Fabrot. La Glosa en dicha *l.* 9. §. 3. *de rei vind.*, no está muy concorde.

« Entre nosotros cuando la accesion tiene « lugar en virtud de fuerza impetuosa y vio« lenta del rio, arrastrando árboles con tier« ra, el propietario del terreno á que se agre« ga esta, adquiere lo así unido, cuando el « otro no lo reclama antes de que se arraiguen « los árboles; pero debe en este caso indem« nizar al otro por los perjuicios que haya « sufrido por este motivo á juicio de inteli« gentes, segun así se dispone en la *l.* 26. *tit.* « 28. *P.* 3.; en cuya *glosa* 7. prueba Greg. « Lop. que el valor de los árboles arrancados « se debe calcular como que ya estuviesen « separados del terreno, acerca de lo cual « nada se halla dispuesto por el derecho ro« mano. »

TEXTO.

De insula.

22. Insula quæ in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit; nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata (quod frecuenter accidit) si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit; ejusdem permanet is ager, cujus et fuerat.

TRADUCCION.

De la isla.

La isla que nace en el mar (lo que sucede muy pocas veces) se hace del que la ocupa (a); pues se considera como que no es de nadie; pero la isla nacida en el rio (lo que acontece frecuentemente) si está en medio de él es comun de aquellos que poseen prédios contiguos á las orillas de entrambas partes del rio segun la latitud de cada prédio que está inmediato á las mismas. Pero si estuviere mas próxima á una de las orillas será tan solo de aquellos que en la misma poseen prédios (b). Si, empero, el rio se dividiere en dos brazos y volviere á reunirse mas abajo circuyendo un campo en forma de isla, queda aquel del mismo de quien antes era (c).

NOTAS.

22. *Occupantis fit*). *D. l.* 7. §. 3. *h. tit.* Segun la regla, *Quod ante nullius est, etc.*

Siquidem mediam partem). La isla nacida en el rio es comun de aquellos que poseen prédios contiguos á las riberas, á proporcion de la latitud de los mismos, y de su extension, *d. l.* 7. §. 3., con tal que los prédios no sean limitados, *l.* 1. §. 6. *de flum.*

Alteri parti proximior). Si la isla hubiere

(a) L. 49. tit. 28. P. 3.
(b) L. 27. d. tit.
(c) L. 28. d. tit.

nacido mas próxima á una de las dos orillas, y tan solo estuviere frente de un prédio se adquirirá por entero para su dueño; pero si hubiere en dicha orilla muchos campos la isla será comun de todos aquellos que hay en la orilla en toda la extension de la isla, *d. l.* 7. §. 3. *l.* 29. *l.* 30. *l.* 56. *eod.*

In formam insulæ). ποταμοῦ κύκλῳ περιῤῥέοντος, es decir, bañándolo el rio en forma de círculo. Así pues, la propiedad del campo no se muda por estar rodeado por el rio, *d. l.* 7. §. 4. *l.* 30. §. *eod.*, y tampoco pertenece aquí la isla que no está unida con el alveo, *l.* 65. §. 2. *eod.*, en donde en el §. *ult.* en vez de *si id* debe leerse *non si id*, como lo prueba lo que antecede: véase á Acursio en la misma ley.

COMENTARIO.

1. *Por razon acontece muy raras veces el que nazca una isla en el mar?*
2. *Porqué sucede esto frecuentemente en un rio?*
3. *La isla nacida en el rio no es pública, sino propia de los poseedores vecinos.*
4. *Y no tan solo en propiedad si que tambien en el uso.*
5. *Qué parte de ella adquiere cada uno de los vecinos?*
6. *Esta adquisicion se funda, no en la ocupacion, sino en el derecho de accesion*

La tercera especie de cosas que adquirimos por derecho de accesion es la isla nacida en el rio, y que está unida con el cauce, de la cual se trata de propósito en este §. Insinúase al principio algo acerca de la adquisicion de la isla nacida en el mar, y lo mismo hace Cayo *l.* 7. §. 3. *eod.*, de donde se ha sacado este párrafo, aunque tan solo por incidencia; ni pertenece tampoco aquí, sino á la primera especie de adquisicion por derecho de gentes, esto es, á la ocupacion

1. *Quod raro accidit*). Sucede esto raras veces, en parte como es probable, á causa de la mucha profundidad del mar, y en parte por el continuo choque de las olas; por cuya causa tampoco se seca facilmente una porcion de alveo del mar, ni puede la misma elevarse sobre su nivel; pues aunque se reuna alguna tierra, despues vuelve á ser arrastrada y allanado el fondo del mar, haciendo el continuo choque de las olas que este siempre conserve la misma superficie. Con todo, algunas veces, segun atestigua Plinio, nacen de repente islas en el mar por causa de terremoto, como quien dice equilibrándose á sí misma la naturaleza y restituyendo en un lugar lo que absorve en otro; y alguna vez á causa del mismo fenómeno va el mar dejando nuevas tierras en el continente; y tambien sucede el nacer una isla en medio del mar, cuando no teniendo el aire comprimido bastante fuerza para abrir la tierra la levanta formando como una montaña, *l.* 2. *nat. hist. cap.* 85. *et seq.* Grot. *flor. svar. hic.* Fabrot. *ad Theoph.*

2. *Quod frequenter accidit*). Plinio *d. cap.* 85. dice que se hace esto por la corriente misma del rio; por cuanto siendo ordinariamente los rios cenagosos y vadeables en muchos parages, acontece con frecuencia que el cieno y otras cosas que arrastran, se reunen en el parage menos profundo y aumentándose paulatinamente empieza aquel lugar del cauce á sobresalir encima las aguas. Livio *l.* 2. *cap.* 5. refiere que habiendo los romanos durante los fuertes calores arrojado al Tiber que entónces llevaba muy poca agua las mieses que habian segado con la paja del campo Marcio, (pues era un rito de su religion el consumirla) nació en aquel parage una isla en la que pudieron hacerse templos y pórticos. Mas la corriente del rio no es constante como lo es la del mar, ni tiene como este flujo y reflujo; todo lo que tuvo presente Pomponio, *l. ergo* 30. §. 2. *h. tit.*, cuando dijo que la isla se hacia en el rio de tres modos: primero, cuando el rio cerca un campo que no formaba parte del alveo; segundo, cuando deja una parte de este en seco, y empieza á rodearla con sus aguas; y tercero, cuando reuniendo poco á poco tierra y otras materias empieza á sobresalir encima las aguas un lugar del cauce, cuyo lugar va aumentándose despues por aluvion. Ademas de estos modos sucede algunas veces lo que Paulo advierte en la *l. pen.* §. 2. *eod.*, que se forma en la superficie del rio una isla con los matorrales y otras materias ligeras, cuya isla sobrenada de modo que se sostiene encima del rio sin tocar á su fondo.

Si quidem mediam partem, y lo que se sigue). Tres cosas ordinariamente pueden preguntarse acerca de la adquisicion de la isla nacida en el rio; á saber, quien la adquiere, hasta qué punto, y en virtud de qué derecho ó de qué razon. Con todo, debe saberse que no se pregunta esto de cualquier isla que ha nacido en el rio ó que por este ha sido hecha, sino tan solo de aquella que nació en el cauce ó que fué hecha de este; pues en primer lugar no muda de propiedad un campo que no formando antes parte del alveo empezó á ser rodeado por el rio, ποταμοῦ κύκλῳ περιῤῥέοντος, en forma de círculo, quedando reducido á una isla, *l.* 7. §. 4. *d. l. ergo* 30. §. 2. *h. tit. et hoc* §. *in fin.*, y por otra parte aquella isla que ha nacido en el rio, formada quizá por los matorrales ú otras

materias ligeras que el rio arrastró, de modo que no toque á su fondo es pública y de la misma condicion que el rio, *d. l. pen.* §. 2. *eod.* En Artesia no lejos del templo de S. Audomaro hay un lago en el que se encuentran algunas islas flotantes que se impelen y dirigen á donde se quiere por medio de una larga pértiga, ó con una cuerda atada á los árboles; y en las que pueden pacer bueyes y otros ganados. Semejantes á estas son las que menciona Plinio que habia en Lidia llamadas Calaminas, Plin. *lib.* 1. *cap.* 95. *nat. hist.*

3. Solo, empero, se trata aquí de la isla que está unida al fondo del rio, ya haya sido formada allí lentamente, ó ya por circuir este una parte de su cáuce, y de ella se pregunta quién la adquiere por derecho de gentes. Justiniano dice aquí, insiguiendo á Cayo *d. l.* 7. §. 3. *eod.*, que se hace propia de aquellos que poseen prédios contiguos al rio en que ha nacido, lo que tambien afirma Pomponio, *d. l. ergo* 30. §. 2. *eod.* Ulp. *l.* 1. §. *insula* 6. *de flum.*, y se manifiesta bastante por lo que dice Paulo *l. inter.* 29. y Próculo *l. insula* 56. *hoc tit.* A esta opinion, con todo, se opone lo que en Labeon *l. pen. l. ult. eod.* se lee vulgarmente así: *Si id quod in publico innatum aut inædificatum est, publicum est; insula quoque quæ in flumine publico nata est publica esse debet*; Esto es, que, *si aquello que ha nacido ó ha sido edificado en un lugar público es público, tambien la isla que nace en un rio público debe ser pública.* Mas como esto pugna diametralmente con los lugares precedentes y hasta con lo mismo que el propio Labeon dice acerca la propiedad de la isla §§. *præced. d. l. pen.*, ¿por qué vacilaremos en asegurar con Hotomano, *lib* 1. *obs.* 20. de que este lugar está corrompido, y de que debe leerse, *Non si id, quod in publico innatum*, etc., de modo que el sentido sea, que aunque lo que nace ó se edifica en un lugar público se haga público, (en cuanto al edificio colocado en un lugar público así lo atestigua Ulpiano, *l.* 2. §. *si quis* 17. *ne quid in loc. publ.* pues por esta razon se le impone un tributo por el solar) con todo, la isla nacida en un rio público no se hace pública, sino de los particulares, lo que ya el mismo Labeon habia dicho antes alguna vez? Cujacio arguye de temerario á Hotomano, 14. *obs.* 11.; pero yo veo que Acursio atestigua que se lee ordinariamente del mismo modo en algunos antiguos ejemplares, y aunque estuviésemos destituidos de esta autoridad, la razon del derecho exige esta correccion; y de ella se apartan enteramente Cujacio en dicho lugar y Pacio que le siguió, *cent.* 6. *qü.* 93.; aunque entrambos creen que Labeon habló tan solo del uso, sobre lo que luego trataremos. Hay algunos que entienden este lugar de Labeon del caso en que haya prédios públicos contiguos á la ribera; por ejemplo, si naciere una isla en el Tiber en aquel lugar del cáuce que está rodeado por Roma; pero el argumento de Labeon no parece permitir semejante restriccion. En los campos limitados no tiene lugar esta adquisicion; pues tampoco lo tiene el derecho de aluvion, sino que entonces la isla se hace del primero que la ocupa, *l.* 1. §. *si insula* 6. *de flum.*

4. Veamos ahora qué parte de la isla nacida en el rio adquieren los poseedores de los prédios vecinos. Dos cuestiones hay acerca de esto. la una si adquieren tan solo la propiedad, ó si tambien el uso; y la otra qué parte adquiere cada uno de los vecinos de aquella isla que se adquiere en comun para muchos. Por lo que hace á la primera cuestion, debemos decir que la isla nacida en el rio público, si los prédios vecinos tienen el derecho de aluvion, no solo se adquiere por los dueños de los mismos en propiedad, si que tambien en el uso; y que por lo tanto solo ellos tienen el derecho de sembrar en ella, de plantar árboles, y de percibir los frutos allí nacidos; de modo que aunque hagan cualquiera otra cosa en ella, ó introduzcan algo en la misma no se entiende que lo hacen en un lugar público como sucede en la ribera, *d. l.* 6. *l.* 1. §. *si insula. de flum.* Y efectivamente si quisiéramos que el uso de las islas fuese público enteramente, seria inútil su propiedad, *d. l. pen.* §. 1. y no hay ninguno de los antiguos á quien esto pasára por las mientes. El que Paulo reprenda á Labeon porque escribió que en la isla del rio que es de propiedad nuestra no hay nada del público, parece no lo hace con bastante buena fé como en otras partes algunas veces, *l. ult. de leg. Rod. l. ult de usuc. l. pen. de furt.* Pet. Fab. *ad l.* 145. *de reg. jur.*; pues ni Labeon ignoró que las partes de la isla confinantes al rio que hacen las veces de riberas son públicas en el uso, como es así de derecho, sino que tan solo habla acerca la isla sin tener en consideracion sus orillas. Y por otra parte el mismo Paulo en esta misma reprension confiesa tácitamente, que es verdad lo que Labeon habia dicho, al exceptúar tan solo las orillas, cuyo uso dice ser público como el de las riberas, de modo que pueden abordar á ellas las naves, secar allí las redes, atar los cables á los árboles nacidos en ellas, y hacer otras cosas semejantes á estas. como en las orillas del rio; lo que

ciertamente Labeon no lo habia negado.

5. Lo otro que se busca aquí, es, qué parte de la isla adquiere cada uno de los vecinos. Y ciertamente si hubiere nacido en medio del cáuce del rio se hace comun de aquellos que poseen prédios contiguos á entrambas orillas; pero si hubiere nacido mas inmediata á una de ellas, y tan solo estuviere frente de un prédio entonces la adquirirá toda el dueño de este; pero si tuviere delante en la orilla mas próxima muchos campos se hace comun de todos aquellos que tienen fundos en la extension de la isla, *hoc.* §. *y d. l.* 7. §. 3. *eod.* Con todo, cuando decimos que la isla se hace comun no entendemos que se haga comun *pro indiviso*, como sucede cuando hablamos con propiedad, *l.* 5. *de stip. serv. l.* 5. §. *ult. de reb. eor. qui sub. tut.*, sino por partes segun la latitud de cada fundo que está inmediato á la orilla; de modo que cada uno tenga en ella tanta parte como manifieste tener en frente de la misma, trazándose una línea recta desde esta á la isla, *l. inter. eos.* 29. *h. tit.* Y como aquí se atiende tan solo al frente del fundo inmediato á la orilla y no á su extension de mas adentro, muy bien responde Pomponio en *d. l. ergo* 30. *pr. h. tit.* que si yo vendiera una parte del fundo á cuyo frente no corresponde la isla que se me agregó, nada de la misma pertenecerá al comprador, pues que ni desde el principio hubiera tenido nada en ella si ya hubiese sido dueño de la parte vendida al tiempo de nacer la isla. Con todo, lo que se agrega despues á mi isla, aun cuando mude el frente de la misma, es mio porque se agrega á una cosa mia; por ejemplo, ha nacido una isla frente á un campo mio cuya latitud no excede la de mi prédio, y despues aumentada paulatinamente por aluvion se adelanta hasta el frente de los prédios vecinos, y aun empieza á estar mas próxima á la orilla opuesta: en este caso lo que por aluvion se agrega será mio, y así lo establece Próculo *l. insula* 57. *eod.* En una razon igual se funda lo que Paulo dice en la *l. pen.* §. *pen. eod.* y el mismo Próculo *d. l. insula* 56. §. 4.

6. Establecido, pues, ya que la isla nacida en el rio se hace de los dueños de los prédios vecinos, falta ver en virtud de qué razon del derecho la adquieren; pues veo que hay algunos que creen suceder esto en virtud de cierto derecho de ocupacion, por cuanto se considera que aquellos serian los primeros que la ocuparian; pero esto no debe admitirse de ningun modo. De otra suerte, por una razon análoga deberia decirse que tambien la isla nacida en el mar se hace de aquellos que poseen prédios inmediatos á la playa, y la nacida en el rio de aquellos que poseen campos que aunque limitados están contiguos á las orillas: entrambas cosas, empero, es sabido que son falsas: Yo no creo que pueda darse otra razon de esta adquisicion, sino que la isla es parte del álveo, y este se considera parte de los prédios vecinos; y por lo tanto, así como cuando todo el álveo ha sido abandonado por el rio se adjudica á los vecinos, así tambien cuando solo lo ha sido una parte de él, esto es, la isla en él nacida, se adjudica tambien á los mismos; á saber, por derecho de accesion. En que la isla es una parte del álveo, no hay duda ninguna; pero puede no parecer conforme lo que decimos de que el álveo es parte de los prédios vecinos, pues que es público en virtud del mismo derecho que el rio, *l.* 4. §. *simile* 7. *de flum.* §. *seq. inf. hoc tit. c.* cuando por el contrario parece deberia mas bien decirse que tambien la isla que forma parte del álveo se hace pública. Debe saberse, empero, que el álveo no es público *simpliciter*, sino en cuanto está ocupado por el rio y por medio de él usa de este el pueblo; mas abandonado por el mismo se hace de los vecinos; sin que haya ninguna diferencia, como Pomponio responde previniendo esta objecion, entre que se trate de la mutacion de cáuce, ó de la superposicion de una parte de terreno en el mismo; esto es, entre la mutacion y abandono por el rio de todo el cáuce, y entre la isla en el mismo nacida; pues basta que en aquella parte en que se forma la isla no esté el álveo ocupado por el rio, *d. l. ergo* 30. §. 4. *et* 2.; por cuanto el haber el rio de por medio no impide que la isla esté unida y se agregue por medio del álveo á los campos vecinos á la orilla; como tampoco un camino público que está entre el álveo y los prédios vecinos no impide que habiéndose secado el álveo se adjudique á aquellos que poseen prédios á la otra parte del camino, *l. Attius* 38. *eod.* Del mismo modo, pues, que el camino público se considera parte del prévio vecino, *d. l.* 38. *in fin.*, así tambien sucede lo propio con el álveo que está debajo del rio; y esto es una prueba manifestísima de que el álveo, aun cuando está ocupado por el rio se considera en cierto modo como parte de los prédios vecinos. Hacen aun mas equitativa esta adquisicion los perjuicios que causa á los prédios vecinos; pues todo el lugar que ocupa la isla lo toma el rio de los lugares vecinos, perjudicando á estos solos, puesto que su corriente invade los campos cercanos á la isla. Existe un tratado de Bartolo cuyos errores acerca sus medidas advirtieron los matemáticos, Ba-

leo *lib. de flum. insul.* y Mugio *4. miscel.* 2. VINN. Muy bien explica Vinnio la razon en que se funda el derecho romano; pues si todo el álveo abandonado fuese de los particulares como se dice en el §. 23. no podian dejar de deducir los jurisconsultos que tambien la parte del álveo dejado en seco por el rio, esto es, la isla, se hace de los vecinos. Mas si se trata del derecho natural, parece deberemos decir otra cosa: pues que las partes arrancadas de los prédios vecinos, y de las que ha sido formada la isla no son de nadie, y por consiguiente tampoco de los vecinos, y agregándose á una cosa pública, esto es, al rio, tambien la isla deberá ser pública. HEIN.

« Entre nosotros cuando la isla se hallare « mas próxima á la una de las orillas, se di« vidirá de manera que la parte que esté de « la mitad del rio para acá, sea del propieta« rio de esta heredad, y la parte de allá sea « del dueño de la otra, *L.* 27. *tit.* 28. *P.* 3.»

TEXTO.

De alveo.

23. Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri quæ prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen est, id est, publicus Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.

TRADUCCION.

Del álveo.

Si el rio, abandonando enteramente su antiguo cauce, empieza á correr por otra parte, este se hace de los que poseen prédios contiguos á sus orillas segun la latitud de cada campo que está inmediato á él; mas el nuevo cauce empieza á ser de la misma condicion que el rio; esto es, público. Si, empero, despues de algun tiempo volviere el rio á su primitivo álveo, otra vez el nuevo cauce empieza á ser de aquellos que poseen prédios contiguos á las riberas (a).

NOTAS.

23. *Quod si naturali alveo*). *D. l.* 7. §. 5. *eod.* En los campos limitados no tiene esto lugar, *l.* 1. §. 7. *de flum.*

Rursus novus alveus). Asi lo exige la extricta razon; pero muchas veces la equidad dicta otra cosa; y esto indica Cayo en *d. l.* 7. §. 5. cuando dice que apenas se observa esto. Con todo, obsérvase alguna vez, lo que deberá juzgarse segun las circunstancias: véase *d. l.* 30. §. 3. *leg.* 38. *h. tit. l.* 23. *quib. mod. us. am.*

(a) L. 31 tit. 28 P. 3

COMENTARIO.

1. *El álveo del rio excepto por lo que respecta al uso público se considera parte de los prédios vecinos; por lo que, abandonado por el rio cede en favor de los prédios.*
2. *Si los campos vecinos son limitados el álveo abandonado se hace del primero que lo ocupa.*
3. *Si en algun caso el álveo últimamente ocupado se restituye á su primitivo dueño si el rio volviere al antiguo?*

1. En cuarto y último lugar, por el mismo derecho y razon se adjudica á los próximos poseedores, segun la latitud de sus prédios contiguos á la orilla, el álveo abandonado por el rio; á saber, por beneficio de sus prédios á los que se concede esta adquisicion á causa de su vecindad, y por medio de ellos á sus dueños. Para explicar en pocas palabras la razon de este derecho y modo de adquirir, segun dije ya poco antes, el álveo del rio, excepto por lo que hace al uso público, fué considerado por los antiguos como parte de los prédios vecinos, como que antiguamente les hubiese sido arrebatado; lo que se prueba porque la isla nacida en el rio, subsistiendo aun el álveo, se hace de los vecinos, lo que no sucederia, si el álveo al que está unida la isla no se considerase parte de los prédios vecinos, pues primero es la naturaleza del álveo que la de la isla, la cual sigue la condicion de aquel como una parte del mismo. Para confirmacion de este parecer Dom. 4. *comm.* 28. y Bacovio aducen el lugar de Pomponio, *l. ergo* 30. §. 1. *h. tit.*; y ciertamente muy bien; aunque no sé ver la comparacion de los semejantes, por la que, segun suponen ellos, Pomponio compara el álveo con la orilla, y el suelo del álveo con el suelo de la ribera y orillas. Pomponio dice simplemente que el suelo de la ribera es privado; á saber, propio de aquellos que tienen terreno contiguo á las orillas; pero que su uso se considera público, y así que cuando queda seco el álveo se hace de los vecinos; esto es, que la ribera empieza á ser de los mismos tambien en cuanto al uso; pues que ya no usa el pueblo de él, esto es, del suelo de la ribera, del cual se hablaba. Con todo, la razon de esta consolidacion pertenece, no tanto á la ribera como al álveo; pues así como el uso de la ribera, aunque sea privado y parte del prédio vecino es público á causa de que el pueblo no puede usar del rio cómodamente sin la ribera; así tambien

el uso del álveo, aunque su suelo se considere privado, y parte de los prédios contiguos á las riberas, es público porque sin el álveo no puede el pueblo hacer uso del rio. Mas así como el uso de la ribera despues de seco el álveo se consolida con la propiedad, puesto que ya el pueblo no hace uso de la misma, así tambien el uso del álveo que se apropió el rio, despues de retirarse este queda reunido con la propiedad, la cual no fué enteramente arrebatada, por cuanto el pueblo ya no puede usar mas del álveo. Hay una diferencia, con todo, y es que la propiedad de la ribera puede servir de alguna utilidad, mas la del álveo mientras está ocupado por el rio de ninguna; por cuya causa el álveo se llama público á la manera del mismo rio, *l.* 7. §. *quod si* 5. *h. tit. l.* 1. §. *simili* 7. *de flum. et hoc tex.* Favorecen este derecho por lo que hace á la adquisicion, los perjuicios que por causa de los rios se irrogan á sus vecinos, tales como las inundaciones y las fuerzas del rio, las que si quieren evitar es preciso que protejan sus orillas á grande costa; justo es, pues, que participen tambien de las comodidades de los rios si algunas hay, segun aquella regla de natural equidad, *l.* 10. *de reg. jur.*

2. Lo que dijimos mas arriba de que los campos limitados no tienen derecho de aluvion, y que por consiguiente no se les adjudica la isla nacida cerca de la orilla á que están contiguos, pues que esta se hace del primero que la ocupa, se observa tambien lo mismo en la mutacion de cáuce si los campos vecinos son limitados, *l.* 1. §. *simili* 7. *de flum.*

Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen). Así como el álveo abandonado por el rio se hace privado, así tambien el nuevo que el rio se forma se hace público; pues es imposible que no sea tal el álveo de un rio público, segun dice Ulpiano, *l.* 1. §. *simili* 7. *de flumin. et l.* 7. §. 5. Aquí se refiere aquello de Pomponio en *d. l. ergo* 30. *l.* 5. *h. tit. Flumina,* dice, *censitorium vice funguntur, ut ex privato in publicum abdicant, et ex publico in privatum.* Esto es, los rios hacen las veces de censores, adjudicando lo de los particulares al público, y lo de este á los particulares. Semejante á esto es lo que leemos en Casiodoro *lib.* 3. *variar. Agrimensor,* dice, *more vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis rura concedit.* Esto es, el agrimensor á la manera de un rio caudaloso, á uno quita terreno y á otro se lo concede. Así sucede muchas veces que el rio enriquece á unos, y empobrece á otros, Lucano.

Illus terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado.

5. *Rursus novus alveus).* Pues aquel campo que fué, dejó de existir, habiendo perdido su propia forma; y adjudicándose esta adquisicion á los prédios y no á las personas, de ningun modo puede aquel que no tiene ningun prédio vecino vindicar parte ninguna del álveo por razon de vecindad, *d. l.* 7. §. *quod si toto* 5. *eod.* Y así lo exige la extricta razon del derecho de gentes; pero apenas se observa esto, dice Cayo en dicho lugar; y ciertamente no siempre debe observarse, pues muchas veces la equidad dicta que el álveo se restituya con preferencia al dueño primitivo que no que se adjudique á los poseedores vecinos, Scholiastes. Teófilo, dice: κατὰ ἀκρίβειαν ἀπόλλει τὸν τόπον, φιλανθρώπων λογισμῶν ὁ δεσπότης ἀναλαμβάνει, es decir, segun extricta justicia el dueño pierde el terreno, pero lo recobra por una razon de humanidad. Acerca lo cual dificilmente puede darse ninguna regla; sino que segun las circunstancias deberá fallar el juez. Supóngase que el rio habiendo abandonado su cáuce natural ocupó el campo de alguno, paulatinamente ó de una vez poco importa, de modo que parezca haberse formado un nuevo cáuce; y al cabo de algun tiempo se restituye súbitamente y con el mismo ímpetu á su primitivo: es muy justo en este caso que el campo dejado libre por la retirada del rio se restituya al dueño primero, aunque el ímpetu del rio haya quitado la forma del campo, *d. l.* 7. §. *quod si* 5. *in fin. d. l. ergo* 30. §. 3. *h. tit. l. si ager* 23. *quibus mod. usufruct. am.* pues semejante ocupacion no se diferencia en mucho de la inundacion. Pero si el rio no retrocediere con el mismo ímpetu con que vino sino que se retirase lentamente y como por aluvion á su primitivo cáuce, aquel espacio del álveo que deja insensiblemente seco parece no deberá restituirse á su dueño primitivo, sino que por aluvion acrecerá á los poseedores de los prédios vecinos, *leg. Attius* 38. *hoc. tit. l.* 1. *C. de alluv.* Y por esta causa pienso que Pomponio en *d. l. ergo* 30. §. 3. *y d. l. si ager* 23. puso de propósito estas palabras *con el mismo ímpetu.* Bart. *tract. de alv.* Bald. *in rubr. de rer. div. col.* 9.

TEXTO.

De inundatione.

24. Alia sanè causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit; neque enim inundatio fundi speciem commutant, et ob id si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus et fuit.

TRADUCCION.

De la inundacion.

Otra cosa sucede si todo el campo de alguno fuere inundado, pues la inundacion no muda la naturaleza del fundo; por lo que, si el agua se retirase es claro que el fundo queda de aquel de quien antes era (a).

COMENTARIO.

1. *Qué cosa sea, propiamente hablando, la inundacion y cuál su efecto?*

1. La inundacion propiamente hablando, es, cuando el rio aumentado con las lluvias ó las nieves, ó por otra causa se dilata por los campos vecinos sin que mude sus riberas, ni su cáuce, *l.* 1. §. *ripa* 5. *de flum.* Cuando esto sucede, dice Justiniano insiguiendo á Cayo, *l.* 7. §. *aliud sanè* 6. *h. tit.*, que no se pierde la propiedad del fundo; y por lo tanto, que retirándose el agua, el campo que habia sido ocupado por ella no se adjudica á los poseedores vecinos, sino que queda de aquel de quien era antes de la inundacion. Y dá la razon de esto diciendo que la inundacion no muda la naturaleza del fundo; como que dijera que no sucede lo mismo cuando por convertirse en cáuce pierde el campo su propia forma, que cuando es inundado; pues que el álveo se hace por el curso contínuo del rio y por una lenta escavacion del campo; de modo que ya no aparezca llana su superficie; mas por la inundacion son invadidos impetuosamente los campos, y solo cubiertos de agua sin que pueda decirse que se disminuyan, disuelvan ó excaven, ni pierdan su forma, *d. l.* 1. §. *aliter* 9. *de flum.* y aunque la parte superior del campo se convierta en arena queda con todo sólida la parte interior del fundo, y por mas que se mude en algo su cualidad no pierde su substancia mas de lo que la pierde aquella parte del campo que es bañada por un lago, cuya naturaleza es cierto que no se muda. Así es, que no puede referirse principalmente á las inundaciones temporales y periódicas lo que vulgarmente suele decirse que la cosa ocupada sigue la condicion del ocupante, Gloss. *l. pen. de rer. divis.* No obsta la *l. si ager.* 23. *quib. mod. us. am.* porque esta no habla del caso en que tenga lugar una simple inundácion; á saber, cuando el rio conservando su cáuce se dilata mas allá de las orillas, sino del en que habiendo el rio abandonado su álveo se precipita impetuosamente en el campo de alguno, como en busca de un nuevo cáuce, en cuyo caso se pierde la propiedad del campo, de modo, empero, que se recobra si el rio se retira á su antiguo álveo, como hemos demostrado al fin del §. *ant.* De paso añado que aunque la inundacion no quita el dominio, con todo nos arrebata la posesion, *l.* 3. §. *Labeo* 17. *l. qui universas* 30. §. 1. *de acq. poss.*; y con ella aquellos derechos que consisten en un hecho personal, como son el uso y el usufructo, *l. usufructus* 24. *quib. mod. us. amit.*; pero retirándose el agua los adquirimos de nuevo, *d. l.* 24. *l.* 1. §. *si quis* 9. *de itin. act. priv.*

(a) L. 32. tit. 28. P. 3.

TEXTO.

De specificatione.

25. Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit; utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit; ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit; aut ex alieno auro, vel argento vel ære, vas aliquod fecerit; vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit; vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multam Sabinianorum et Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium: si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit; eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit; si non possit reduci; eum potius intelligi dominum qui fecerit: ut ecce, vas conflatum potest ad rudem materiam æris vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest: ac nec mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit; aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium; aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit; dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: quum non solum operam suam dederit, sed et partem ejusdem materiæ præstiterit.

TRADUCCION.

De la especificacion.

Cuando uno hace una nueva especie de materia agena suele preguntarse quién es el dueño de ella por razon natural; si el que la hizo ó el dueño de la materia? Por ejemplo, si uno con uvas, aceitunas ó espigas agenas hiciere vino, aceite ó trigo; si de oro, plata ó bronce ageno hiciere algun vaso; si de vino y miel agenos hiciere alguna mezcla; si de medicamentos de otro compusiere un emplastro ó un colirio; si de lana agena hiciere un vestido ó de agenas tablas fabricare una nave, un armario ó una silla. Y despues de muchas ambigüedades entre los Sabinianos y Proculeyanos se adoptó el medio parecer de los que pensaban que si la nueva especie podia reducirse á la pri-

mera ó informe materia se considerase dueño de ella el que habia sido dueño de la materia; pero si no podia reducirse que se considerase mas bien dueño aquel que la hubiese hecho; por ejemplo, el vaso hecho puede reducirse á la informe materia de bronce, plata ú oro; mas el vino, el aceite ó el trigo no puede convertirse otra vez en uvas, aceitunas ó espigas, ni puede separarse tampoco la mezcla que se ha hecho del vino y de la miel. Si uno hubiere hecho una nueva especie, en parte de materia propia, y en parte de agena; por ejemplo, si uno hubiese hecho una mezcla de vino propio y miel agena, ó un emplastro ó colirio de medicamentos suyos y agenos, ó un vestido de su lana y de la de otro, no hay duda ninguna que en este caso será el dueño de la especie aquel que la hizo; pues no solo puso su trabajo, si que tambien cooperó con una parte de la materia (a).

NOTAS.

25. *Media sententia*). Este medio parecer es de Cayo, *d. l.* 7. §. 7. *h. tit.*, de Calistrato, *l.* 12. §. 1., de Paulo *l.* 24. *et* 26. *eod.* y de Ulp. *l.* 5. §. 1. *D. de rei vind.* Así tambien en otras materias siguen nuestros autores un término medio, *l.* 5. *si pars hær. l.* 25. *D. de ping. act.* §. *ult. infr. de vul. subst.*, á imitacion de los estóicos. VINN. Véase principalmente á Merill. *Obs. lib.* 1. *cap.* 6. del cual sacó esta observacion nuestro autor. HEIN.

Ad priorem materiam reduci). Pues entonces la materia no parece, sino que queda existente, *l.* 24. *h. tit. l.* 78. §. 4. *de legat.* 3.

Si non possit reduci). Pues en este caso la materia se consume y extingue, teniendo lugar aquello de que *Dum incipit quod non erat desinit esse quod fuerat.*; esto es, cuando empieza á existir una cosa que no existia, deja de existir aquello que antes era, *l.* 9. §. 5. *D. ad exhib. l.* 26. *l.* 27. §. 1. *h. tit.* Con todo, se ha mirado por el dueño de la materia, concediéndosele una accion en el hecho para conseguir la estimacion, *l.* 25. §. 5. *de rei vind.*

Vinum vel oleum). El vino y el aceite son nuevas especies que tienen su nombre propio, y no pueden volverse á reducir á lo que dejaron de ser.

COMENTARIO.

1. *Este modo de adquirir debe tambien referirse á la ocupacion.*
2. *El especificante no adquiere la nueva especie, á no ser habiendola hecho en nombre propio y con buena fé.*
3. *Qué razones tuvieron Próculo y Sabino para disentir en esta materia?*
4. *La distincion hecha por los autores de la opinion media se funda en muy buenas razones.*
5. *El vino y el aceite no son con respecto á las uvas y aceitunas lo que el trigo con respecto á las espigas.*
6. *Tambien en la nueva especie hecha en parte de materia agena y en parte de la propia se ha de distinguir si puede ó no ser reducida á su primitivo estado.*

(a) L. 33. tit. 28. P. 3.

1. Explícase aquí otro modo de adquirir por derecho de gentes; á saber, la formacion de una nueva especie con agena materia, la que vulgarmente se llama especificacion. Hay algunos que refieren este modo de adquirir á la accesion, pero malamente; pues la nueva especie no se adquiere para nosotros por beneficio y medio de nuestra cosa, pues que se hace de agena materia; ni tampoco la adquirimos ignorándolo ó contra nuestra voluntad, pues que con nuestro mismo hecho transformamos una cosa agena en otra especie; y por lo tanto no está conforme decir que la materia se agrega á la forma, pues que esta presupone á aquella, no aquella á esta. Así que, este modo de adquirir mas bien puede llamarse una especie de ocupacion, por cuanto lo que se ha hecho se concede al especificante en atencion á que antes no era de nadie, y como que fuese su primer ocupante aquel que la hizo en nombre propio. Y esto así en cuanto se ha aprobado la sentencia de Nerva y de Próculo, *l.* 7. §. *cum quis* 7. *in pr. h. tit. l.* 3. §. *genera* 21. *de acq. poss.*; pues en cuanto se sigue la de Sabino mas bien puede referirse á la accesion, ó decir que entonces no hay nueva adquisicion segun Concio, 1. *disp.* 12. VINN. Los romanos consideraban que absolutamente la especificacion pertenecia á las accesiones, porque segun ellos la nueva forma se agregaba á la materia, ó por el contrario esta á aquella. Solo se disputaba cual de las dos se debia tener por principal, la forma ó la materia. Próculo decia que la forma, la que segun dicen los filósofos dá el sér á la cosa; Sabino, empero, que la materia de la cual pensaba salia la forma: los Proculeyanos pues seguian á los estóicos, segun agudamente prueba Merill. *Obs. lib.* 1. *c.* 21. insiguiendo á Séneca, *epist.* 88. HEIN.

2. *Species aliqua facta sit*). Esto es, una especie nueva y diferente de la que ya existia, de la cual ya se ha hecho la segunda; considerándose á aquella como materia; pues la lana agena, por ejemplo, teñida de púrpura no es una especie nueva, *l.* 26. §. *ult. h. t.* ni tampoco lo es el todo formado por la confusion de dos materias de una misma especie, §. *si duorum* 27. *inf. eod.* Dos circunstancias ha omitido aquí Justiniano, las cuales añadiremos nosotros para que se entienda mejor la cuestion propuesta: la una es que

el especificante haga la especie en nombre suyo, y la otra que la haga con buena fé. Lo primero lo manifiesta expresamente Cayo, *d. l. 7. §. cum quis 7.* y se funda en la razon manifiesta de que la posesion no se adquiere si no se tiene voluntad de adquirirla, y por derecho de gentes nada puede adquirirse de aquellas cosas que se adquieren con un hecho y trabajo nuestro, cuya adquisicion no empiece ya con una posesion natural, *l. 1. §. 1. de acq. poss.* Así es, que si se pone una especie hecha en nombre de otro, sino fuere de aquel que es el dueño de la materia será de aquel en cuyo nombre se haya hecho, *l. nisi 25. l. quicquid. 27. §. 1. h. tit.* Acerca de la buena fe que dije haberse omitido aquí, nada dice expresamente Cayo; pero claramente se deduce de estas palabras que añade, *en nombre propio*: pues aquel que sabe que la materia es agena se considera como si hubiese hecho la especie en nombre del dueño de la materia, *l. d. eo. 12. §. 5. ad exhib.*, á quien se cree haber hecho donacion de su trabajo, á ejemplo del que á sabiendas edifica en suelo ageno, *§. ex diverso 30. inf. eod. l. 4. §. si ex lana 20. de usuc. l. 14. §. ult. eod. de cond. furt.* Y este es tambien el comun parecer de los doctores del cual no sé por qué causa se apartaron Wesembecio y Bacovio.

Mulsum). Οἰνόμελι ὁ μελίκρατον, se hace con vino viejo y un poco de miel. Polion se jactaba en otro tiempo que con esta especie de bebida habia pasado de los cien años; pues preguntándole su huésped Augusto por qué medio habia conservado el vigor y robustez de su entendimiento y de su cuerpo, dícese que respondió. *Intus mulso, foris oleo.* Plin. *l. 22. nat. hist. c. 24.*

Emplastrum). Es decir, un medicamento reducido á una masa que se aplica á la herida despues de ablandada con el fuego. Derívase del verbo griego ἐμπλάττω, que quiere decir mezclar, ó formar una masa: véase á Cornelio Celso, *lib. 5. c. 17.* Vulgarmente se llama ungüento.

Collyrium). Es una especie de medicamento propio para las enfermedades de los ojos. Derívase de las palabras griegas, τὸ κωλύειν τὰ ῥεῖν, puesto que seca y detiene el flujo. En el Apocalyps. *cap. 3. vers. 18.* se dice Κολλυρίῳ ἔγχρισον τοὺς ὀφθαλμούς σου, ἵνα βλέπῃς, esto es, unta tus ojos con colirio para que veas bien. Horacio, *1. serm. satyr. 5.*

Hinc oculis ego nigra meis collyria lipsus
Illinere.

Sabinianorum et Proculianorum). Hubo antiguamente diversas escuelas de los Jurisconsultos que disentian entre si, siendo sus gefes Atejo Capito y Antistio Labeon, quienes fueron los primeros que fundaron estas sectas; aquel conservando todo lo que habia recibido de los antiguos, y este introduciendo muchas innovaciones con su ingenio y doctrina. Sus sucesores aumentaron la disension adhiriéndose cada cual al parecer de su maestro como á un oráculo. A Capito sucedió Masurio Sabino, y á Sabino Casio; á Labeon le sucedió Nerva, y á Nerva Próculo; y de aquí se llamaron despues Sabinianos ó Casianos, y Proculeyanos, *l. 2. l. post hunc 47. de orig. jur.* VINN. Añádase á esto que el sucesor de Próculo fué Pegaso, varon consular de donde se llamaron tambien Gegasianos, oponiéndose así los Proculeyanos á los Sabinianos, y á los Pegasianos los Pasianos: véase á Gotofr. *Manual jur. c. 6. p. 27.* Hay quien dice que los Sabinianos no derivan su nombre de Masurio Sabino sino de Celio Sabino; y otros que vivió bajo Vespasiano; y por lo tanto oponen los Casianos á los Proculeyanos, y los Sabinianos á los Pegasianos. HEIN.

5. *Ambiguitatem*). Algunas cosas, como muy bien advierte aquí Baron, han sido tan oscuramente derivadas de la naturaleza que su razon no es clara á todos. Nerva y Próculo creian que la especie hecha de agena materia por razon natural era de aquel que la habia hecho en nombre suyo, puesto que no podia tenerse en consideracion ninguna la materia que se habia extinguido, sino tan solo la causa eficiente y principalmente la forma, en virtud de la cual la materia habia pasado á ser una nueva especie; la que no siendo antes de nadie, puesto que ni tan solo existia, exigia la razon natural que debiese ser de aquel que hizo que existiese y que la ocupó, *d. l. 7. §. cum quis 7. hoc tit. l. 5. §. genera. 24. de acq. poss.* Los gefes, empero, de la opuesta escuela, Sabino y Casio, por el contrario creian mas conforme á la razon natural el que el dueño de la materia lo fuese tambien de lo que de ella se hubiese hecho; puesto que sin la materia no podia hacerse ninguna especie; y que es suyo todo aquello que ha sido hecho de una cosa suya; y finalmente que nada parecia tan ageno de la equidad natural como que una cosa nuestra la adquiriesen otros sin intervenir hecho ninguno por nuestra parte, *d. l. 7. §. cum quis. 7. l. 12. §. 5. ad exhib. l. id quod nostrum. 11. de reg. jur.*

4. *Media sententia*). Esto es, un parecer medio entre los dos extremos de Próculo y Sabino; pues que creian que el parecer de Sabino era mas cierto si la especie hecha podia reducirse á la primitiva materia, y en

caso contrario que lo era el de Próculo, *d. l.* 7. §. *cum quis* 7.; y la razon sobre esta distincion que dan los mismos autores de este parecer es muy elegante; pues que cuando, subsistiendo la materia, solo la forma externa de la cosa es lo que se muda, y cuando lo que se ha hecho puede reducirse á su primitivo estado ó materia informe, no permite en este caso la razon natural que digamos con Próculo que aquella cosa empieza entonces á existir, y que por lo tanto se hace del que la ocupa, sino que es necesario que siga la condicion de la materia que queda subsistente, *l. in omnibus* 24. *h. tit. l. quæsitum* 78. §. *illud fortasse* 4. *de legat.* 3. Pero cuando la materia se consume y extingue, lo que nuestros autores creen que sucede siempre que la nueva especie no puede reducirse á la primitiva materia, no puede entonces tenerse en consideracion ninguna la materia que dejó de existir, ni el primer dueño, quien nada tiene en esta nueva especie, *l. quicquid*. 27. §. 1. *h. tit.*; sino tan solo la nueva especie y aquel por cuyo hecho empezó á existir la cosa, *d. l.* 3. §. *genera* 21. *de acq. poss.* No ignoro que Connano *lib.* 3. *comm.* 6. reprende á los autores de este parecer, queriendo que tan solo se tenga en consideracion si vale mas el trabajo ó la materia; ni tampoco que Grocio piensa que la especie nueva debe hacerse comun, á la manera que la confusion de dos materias produce la comunion á proporcion de la parte que cada uno tuvo, *lib.* 2. *de jur. bell. cap.* 8. *n.* 19. Con todo, yo no me aparto de aquella distincion de los antiguos, considerando ser mas natural que en la cuestion propuesta se atienda á si la cosa que antes existia se ha extinguido ó no, que no el que se adjudique el dominio segun el precio de la cosa ó del trabajo, ó que sin necesidad ninguna se introduzca una comunion, siempre origen de discordia; y esto es lo que obsevamos actualmente segun el mismo Grocio *l.* 2. *manuduct. c.* 8. Vinn. Pero no siempre se observa esto así; puesto que siendo las mas de las veces la materia una cosa fungible, incapaz de precio de afeccion, apenas puede darse una razon porque el señor de la materia quiera disputar el dominio de esta al especificante, y no prefiera obrar para conseguir la estimacion, á no ser que se ponga el caso en que la materia es de muy poco valor: véase á Thomas. *de prœt. affect. in res fungibiles non cadente, cap.* 3. §. 11. *et seq.* Hein.

5. *Frumentum ad spicas reverti non potest*). Entre los ejemplos de las especies que no pueden reducirse al ser que antes tenian refiere tambien Cayo *d.* §. 7. *l. cum quis* 7. (a) el trigo; pero dicho autor añade en seguida lo que aquí se ha omitido, que es del parecer de aquellos que no dudaban que el trigo hecho de agenas espigas era de aquel de quien eran estas, á causa de que los granos en las espigas contenidos tienen su ser perfecto, y aquel que los saca de las espigas no tanto hace una nueva especie, como que la pone de manifiesto. Lo mismo ha de decirse por una razon análoga de las legumbres, altramuces, lentejas, garbanzos, habas, espigas y otros granos de la misma especie que están contenidos en silicuas. Bacovio á ejemplo del trigo establece lo mismo respecto del vino hecho de las uvas y del aceite de las aceitunas, lo que no apruebo; pues que el trigo no es respecto de las espigas lo que el vino y aceite respecto de las uvas y aceitunas: las espigas no son una materia de la que se haga el trigo, sino que secado este queda lo mismo que antes era; por lo que conserva el mismo nombre, puesto que no muda la especie; pero el vino y el aceite se hacen de las uvas y aceitunas, y á la par que toman otro nombre pasan tambien á ser una especie diferente, dejando de existir las uvas y aceitunas. Theodoret. 1. *Dial.* 4. dice Καὶ τῆς ἀμπέλου τὸν καρπὸν σταφυλὴν ὀνομάζοντες, ὅταν ἀποθλίψωμεν οὐ σταφυλήν, ἀλλά οἶνον προσαγορεύομεν, es decir; aunque llamamos racimo al fruto de la vid, con todo, cuando le exprimimos no le llamamos racimo sino vino. Por lo que desde el momento en que empiezan estas cosas á ser lo que no eran, dejan de ser lo que habian sido, y hubieran podido haberse convertido en otro uso; por ejemplo, las uvas secarlas, y hacer pasas; las aceitunas conservarlas para condimento, etc. De otra suerte deberia decirse que ni el queso ó manteca hecha con leche agena, ni el vino sacado de agenas manzanas son del que los hace. Si, pues, en todas estas cosas cree Bacovio deber seguirse la opinion de Sabino, ¿porqué los autores del medio parecer solo exceptúan el trigo? Malamente cita á Paulo en la *l. de eo.* 12. §. 3. *ad exhib.*, puesto que en dicho lugar responde el jurisconsulto acerca del caso en que uno hace una especie sabiendo que la materia es agena; y seguramente hubiera respondido de otro modo si hubiese el especificante tenido buena fé, como lo hace en la *l. sed si meis.* 26. *hoc tit.* Y así la razon que añade en dicha respuesta debe concretarse á la hipótesis para que pueda acomodarse á la cuestion y respuesta. Acerca de la nave hecha con tablas agenas no están de acuerdo

(a) L. 33. tit. 28. P. 3.

los autores, á causa de un leve vestigio, segun parece, de la antigua disension que se encuentra en la *l. Minucius* 61. *de rei vind.* Con todo, diciendo los autores del medio parecer que en general las especies que no pueden reducirse á su primitivo estado se hacen del especificante, y contando expresamente entre ellas, como realmente es así, la nave hecha de tablas agenas ¿porqué vacilaremos en responder con Paulo que la nave es de aquel que la hizo? *d. l. sed si meis* 26. *h. tit.* Piensa Connano 3. *comm.* 6. que la otra parte de la respuesta de Minciano la reprende Juliano dando la razon de esta reprension en estas últimas palabras; *nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur*; esto es, pues la propiedad de toda la nave sigue la condicion de la carena; es decir de aquel, dice Connano, que hizo la nave carenándola. La carena no significa siempre entre los latinos lo último de la nave; esto es, la quilla, sino que algunas veces se toma por el mismo cuerpo de la nave que está todo él carenado, es decir, por la forma de toda la nave como en la *l.* 24. §. *ult. d. l.* 1. *arg. l. proponabatur* 76. *de judic.*

6. *Dubitandum non est hoc casu, etc.*) Por comparacion de una cosa mayor. En las escuelas se diria de una probabilidad menor á una probabilidad mayor; como que si la especie que hemos hecho de una materia que es toda agena se hace nuestra, con mayoría de razon deberá suceder esto si hubiere sido hecha en parte de materia nuestra. Con todo, debe aquí ponerse la anterior limitacion, á saber, en caso que no pueda reducirse aquella cosa á la primitiva materia; puesto que en general está establecido que la especie que pueda reducirse á su primitivo estado siga la condicion de la materia, *l. in omnibus* 24. *h. tit. l. quæsitum* 78. §. 4. *de leg.* 3. Y esta fué tambien la intencion de Justiniano segun lo manifiestan los ejemplos propuestos. ¿De quién pues será semejante especie si puede reducirse á su primitivo estado? En este caso cada cual retendrá lo suyo, y podrá vindicar la materia en la parte que sea suya, *arg. l.* 5. §. 1. *de rei vind. l.* 11. §. 1. *l. quicquid.* 27. §. *ult. hoc. tit.* Y este es tambien el parecer comun de los intérpretes, del cual no me parece tengan razon para apartarse Bacovio y Tuldeno *hic. c.* 41. Establecido, pues, esto; para que ni el señor de la materia, ni el que hizo la especie puedan quejarse; aquel cuando extinguida la materia pierde la cosa por un hecho de otro, y este cuando subsiste la misma, el trabajo empleado con buena fé, alegando entrambos de que es contra derecho natural el que uno se enriquezca con una cosa agena y en perjuicio de otro, se ha mirado por entrambos, concendiendo al dueño de la materia la accion *in factum* para conseguir la estimacion de la misma, y al especificante la excepcion de dolo malo, con la oposicion de la cual puede cobrar las impensas que hubiere hecho, de aquel que vindicare su especie, *arg. l. in rem.* 23. §. *si id quod* 4. *et seq. de rei vind.* (a).

TEXTO.

De accessione.

26. Si tamen alienam purpuram vestimento suo intexuerit, licèt pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento; et qui dominus fuit purpuræ, adversus eum, qui surripuit, habet furti actionem et conditionem; sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctæ res licèt vindicari non possint; condici tamen à furibus et quibusque aliis possessoribus possunt.

TRADUCCION.

De la accesion.

Si uno entretejiere púrpura agena en su vestido, aunque la púrpura sea mas preciosa, con todo, por derecho de accesion cede en favor del vestido, y el dueño de la misma tiene contra el que la hurtó la accion de hurto y la condicion furtiva; ya hubiese hecho él mismo el vestido, ya la hubiese hecho otro, pues aunque las cosas que han dejado de existir no pueden ser vindicadas, pueden con todo ser reclamadas de los ladrones y de cualquier otro poseedor.

NOTAS.

26. *Si alienam purpuram*). Un lugar semejante se encuentra en Paulo, *l.* 26. §. 1. *hoc. tit.* Ulp. *l.* 7. §. 1. *D. ad exhib.*

COMENTARIO.

1. *Cuántas especies hay de la accesion que se verifica por un hecho del hombre, y á cuál de ellas se refiere la que aquí se propone?*
2. *Explícase con algunas definiciones quiénes, á quiénes y cuándo adquieren por accesion?*
3. *En qué se diferencia este modo de adquirir de la especificacion?*
4. *Qué accion se concede al dueño de la púrpura, y en general al dueño de la parte accesoria?*
5. *Defiéndese el modo vulgar de leer este* §. *contra Concio.*

1. Veo que muchos tratan tan solo de paso este párrafo; pero yo creo que debe ser examinado mas detenidamente. Y como pertenece á la materia de la accesion debemos recordar lo que poco há dijimos; á saber, que algunas cosas se agregan á las nuestras por la naturaleza, como por beneficio de los

(a). L. 33. tit. 28. P. 3.

rios, y algunas otras por un hecho y trabajo del hombre. De las que provienen de los rios ya hablamos difusamente: dividiremos ahora la accesion que proviene de los hombres, para mayor claridad y para que se entienda con toda perfeccion esta materia, en dos especies; á saber, la confusion y la conmixtion. La confusion tiene lugar cuando se mezclan dos materias líquidas convirtiéndose en un solo cuerpo: por ejemplo, cuando se mezcla vino con vino, y plata con plata, acerca de lo cual hablaremos en el §. *sig*. La conmixtion es cuando se unen las cosas de manera que aun despues de unidas conservan íntegra su sustancia; ya de modo que las cosas agenas unidas á las nuestras lo estén de suerte que se apoyen por decirlo así en su base, como el que se edifique, plante ó siembre en nuestro suelo, el que se escriba ó pinte en nuestro papel, ó nuestra tabla, de todo lo que hablaremos mas adelante; ya uniéndose de modo que formen un apéndice y adorno de nuestra cosa, como si á nuestra estátua se le une un pié, ó una mano, una asa á nuestro vaso, una piedra preciosa al anillo, ó algun grabado á nuestros vasos, *l. in rem* 23. §. 2. *y* 5. *de vind. l. sed si* 26. §. 1. *h. tit. l.* 7. §. 2. *ad exhib. l. cùm aurum* 19. §. *perveniamus* 15. *de aur. arg. leg.* Y aqui tambien se refiere lo que en este párrafo se dice de la púrpura entretejida en un vestido, *d. l.* 7. §. 5. *ad exhib.*

Si tamen). No sé á qué puede hacer relacion esta conjuncion disyuntiva; á no ser que habiendo al fin del párrafo precedente dicho Justiniano que el vestido que uno hizo de materia en parte suya, y en parte agena era del que lo hizo, haya en este lugar querido añadir el caso en que uno hizo un vestido enteramente de materia propia, pero para cuyo adorno le agregó ó entretejió alguna cosa agena; aunque esto no pertenezca a las especies anteriores. Pues la púrpura, cuyo ejemplo emplea el emperador, entretejida en el vestido no forma parte de la materia, de la cual se dice hecho el vestido; sino que es una cosa que se añade y agrega al vestido ya concluido y preparado, solo por adorno. Por púrpura entendemos aqui ó ya un nudo ó borla de esta materia, ó ya una franja, orla, bordado ó pedazo de la misma.

2. *Licet prœtiosior sit*). Pues cuando preguntamos en favor de quien cede alguna cosa no miramos al precio, sino á lo que sirve de adorno, de modo que lo accesorio cede á lo principal, *l.* 19. §. 13. *de aur. arg. legat.* En general se observa en esta materia lo siguiente. Cuando dos cosas de las que cada una de por sí puede subsistir están unidas de tal modo que forman un solo cuerpo de la misma especie y del mismo nombre, siempre la parte inferior cede á la mayor, de manera que por razon natural se considera dueño del todo aquel que lo es de la mayor parte. Si, empero, la magnitud de las dos cosas es diferente, la superioridad de la una parte sobre la otra se considera por su magnitud, como si por ejemplo, uno pone un pié ó mano á una estátua, una asa á una copa, *l. sed si* 26. §. 1. *h. tit. l.* 7. §. 2. *ad exhib. l. in rem* 23. §. 2. 4 *y* 5. *de rei vind.*; y en tanto grado que aunque la parte menor sea de mayor valor cede en favor de aquella que tiene menos volúmen; como las perlas y margaritas unidas al oro, *d. l.* 19. §. 13. *de aur. argent. leg.*; y la púrpura entretejida en un vestido, como en este párrafo, *d. l.* 7. §. 2. *ad exhib.* Si la magnitud es igual, entonces se tiene en consideracion el precio, y si tambien este es el mismo, ninguna de las dos cosas cede en favor de la otra, sino que queda cada una de su dueño respectivo, *l. quicquid* 27. §. 2. *h. tit.*

Accessionis vice). De modo que la parte menor é inferior cede á la mayor y superior, como ya se ha dicho; pues por derecho de especificacion no puede decirse que el dueño de la mayor parte, ó sea del vestido, lo sea tambien del todo; puesto que no hizo ninguna parte del mismo sino que tan solo unió dos cosas que ya estaban hechas. De esto se deduce que se equivocó Gœd. *in l.* 11. *de verb. sign.* al pensar que esta adquisicion se hace tambien por derecho de especificacion; y aunque segun quiere Gœddeo debe considerarse aqui una nueva especie, esta no la adquiriria tampoco el especificante porque las partes unidas pueden separarse y reducirse á su estado primitivo.

Adversus eum, qui surripuit). Esta adquisicion se diferencia de la adquisicion de una nueva especie, en que esta tan solo se adquiere queriendo y tan solo por aquel que la hace en nombre suyo y con buena fé; mas por derecho de accesion se adquiere la parte agregada tambien para el ignorante, y aun para aquel que la une en nombre de otro, ó con mala fé; pues en esta última adquisicion no se tiene en ninguna consideracion la persona del especificante ó del que unió las cosas; sino tan solo las cosas unidas; lo que debe advertirse contra Wesembecio y Racovio, quienes piensan que entrambas adquisiciones se fundan en la misma razon.

Sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius). Dos casos se proponen aqui por Jus-

tiniano: el uno es de aquel en que el que hurtó la púrpura hizo él mismo el vestido; y el otro de aquel en que lo hizo otro diferente, á cuyo poder despues llegó la púrpura hurtada; y dice que el dueño de la púrpura tiene contra el que la hurtó la accion de hurto y la condicion, en donde sin duda se entiende la condicion furtiva, como muy bien advierte la glosa; puesto que el decir que esta condicion se dá solo al dueño, *l.* 1. *de cond. furt. l.* 14. §. *qualis* 18. *de furt.* §. *ultim. infr. de oblig. quæ ex del.*, no es para manifestar que aquel que la adquirió una vez la pierde despues de haberse extinguido sin haber intervenido un hecho de su parte, sino tan solo para excluir á aquellos que aunque son responsables de las cosas agenas, y les compete la accion de hurto, no tienen con todo esta condicion, *d. l.* 14. §. 16.

4. Para que en general se entienda de qué modo se ha mirado por el dueño de la púrpura y en general por el de la parte accesoria distíngase de este modo. O uno entreteje la púrpura agena en un vestido propio, ó en un vestido ageno la púrpura suya; y esto lo hace, ó con buena fé, ó con mala. Si entretejió la púrpura agena con buena fé se dá contra él la accion *ad exibendum* para que se separe la púrpura, y entonces pueda ser vindicada, *l.* 7. §. 2. *ad exib. l. in rem* 23. §. 5. *de rei vind.* Con todo, debe mirarse si es mejor dar oidos al poseedor de buena fé que ofrece satisfacer el precio de la púrpura; principalmente si no puede esta separarse sin un daño manifiesto. Pregúntase aqui si puede entablarse la condicion personal para reclamar la púrpura del poseedor de buena fé, y creo con Baronio y Wesembecio que se puede por lo que se dice al fin de este párrafo de que las cosas extinguidas pueden reclamarse de cualquier poseedor, §. *nunc admonendi*, 2. *infr. quib. al. lic.*, á saber, con la condicion sin causa; pues aunque por derecho de gentes se haya hecho dueño de la púrpura por accesion; con todo, no hay razon ninguna para que lucre el precio y se enriquezca con daño de otro. Si la entretejió con mala fé se dá contra él la accion de hurto y la condicion furtiva, *hoc tex.*, y tambien la accion *ad exhibendum* y la *rei vindicativa*, á semejanza de aquel que dejó de poseer por dolo malo, *l.* 1. *in fin. l.* 2. *de tign. l. sin autem* 27. §. 5. *l. qui petitorio* 16. *in pr. de rei vind. l. qui dolo* 131. *de reg. jur.* Si uno, empero, entreteje la púrpura suya en un vestido ageno con buena fé, puede, estando en posesion del vestido, retenerlo hasta tanto que se le satisfaga la púrpura y los gastos; y si hubiere perdido la posesion puede obrar *ad exhibendum* para que se separe la púrpura y pueda ser vindicada, *d. l.* 23. §. 4. y *sig. de rei vind.* Si, empero, lo hubiese hecho con mala fé debe entonces creerse que voluntariamente ha perdido la propiedad de su cosa, *arg.* §. *ex diverso* 30. *infr. h. tit.* Lo que he dicho de la púrpura tiene tambien lugar ordinariamente en todas aquellas cosas que se unen á las nuestras para complemento ú ornato, *l.* 6. *l.* 7. §. 2. *ad exhib.* excepto en las que están unidas por ferruminacion, las cuales ni aun despues de separadas pueden vindicarse, en cuyo caso se hace necesario conceder la accion *in factum* al dueño de la parte unida, *d. l.* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.* VINN. Sutilmente distingue Paulo en *d. l.* 23. la ferruminacion de la soldadura; pero Ulpiano no parece haber admitido semejante distincion, *l.* 7. §. 2. *ff. ad exhib.*; ni Pomponio *l.* 27. *pr. ff. de acqu. rer. dom.* concede la vindicacion de la materia, ni en la soldadura, ni en la ferruminacion. Así es, que los antiguos siguieron diversos principios segun la secta en que estaban afiliados. De qué importancia sea esta cuestion en la práctica lo dijimos en el párrafo antecedente, *verb. media sententia.* HEIN.

Nam extintæ res). Aunque la púrpura entretejida en un vestido subsista integra, se considera con todo extinguida porque cede en favor del vestido, así como la piedra preciosa en favor del anillo, y otras cosas que se unen á las nuestras quedando integra su sustancia, *d. l.* 6. *ad exhibendum d. l.* 35. §. 2. *et* 5. *de rei vind.*; por lo que Teófilo dice: Δοκεῖ ἡ πορφύρα τρόπον τινὰ ἀποσβέσθαι τῷ μὴ εἶναι αὐτὴν καθ' ἑαυτὴν ἀλλ' ἑτέρᾳ ἐσθῆτι συνενωθῆναι, esto es, parece que la púrpura despues de haber sido unida al vestido, en cierto modo no es la misma sino otra.

Licèt vindicare non possint). Esto es, directamente; perdiendo la propiedad de las mismas mientras están unidas; pues lo que se ha respondido de una piedra preciosa unida al anillo, que no puede ser vindicada, sino que puede en este caso obrarse *ad exhibendum* para separarla, y despues ser vindicada, *l.* 6. *ad exhib.* tiene lugar en todas aquellas cosas que unidas á las nuestras ceden en favor de ellas por accesion, *d. l.* 23. §. 5. *de rei vind.* Puede tambien intentarse, como poco ha dije, contra el que la une con mala fé, la accion útil real; no como contra el que posee, sino como que hubiese dejado de poseer por dolo malo.

Et quibusque aliis posses oribus). Contra los ladrones se dá tambien la condicion furtiva; contra los otros la condicion sin causa,

o la general triticiaria, *l.* 1. *de condit. tritic.* Pues segun dijimos es equitativo que se me restituya el precio de aquella cosa que por derecho de accesion pasó á poder de otro, sin intervenir hecho ninguno por mi parte, y lo prueba la *l.* 11. §. *ult. l. si et me et Titium.* 52. *de reb. cred.* Ant. Concio corrije este pasage de este modo: *Et quibusdam aliis possessoribus;* de modo que el sentido sea que no solo puede entablarse la condicion para reclamar las cosas consumidas, contra los ladrones; sino tambien contra los otros poseedores que son semejantes á ellos; á saber, contra aquellos que poseian la cosa con mala fé al tiempo de consumirla, aunque estos en realidad son tambien ladrones, §. *furtivæ* 2. *inf. de usuc.*; por lo que, no creo deba mudarse nada en el modo vulgar de leer este párrafo, que es tambien el modo como lo lee Teófilo; aunque Pacio sea del mismo parecer que Concio creyendo en su análisis que no se daba la condicion contra los que consumieron la cosa de buena fé. De paso debemos advertir aqui el error de Teófilo, quien dice que la condicion furtiva se dá tambien contra los que no son ladrones, lo que es una paradoja, y extraño que no lo hubiese reparado Fabroto.

« Segun la *l.* 35. *tit.* 28. *P.* 5. el dueño de « la parte principal solo adquiere la acceso- « ria, cuando la union se ha hecho por *fer-* « *ruminacion*, es decir con el mismo metal; « y así si la soldadura fuere hecha con una « materia diferente, la parte menor queda de « aquel de quien antes era, *l. citada*. Excep- « túase, empero, el caso en que el dueño de « la cosa accesoria verificase la union con « mala fé, pues entónces la adquiriria el due- « ño de la principal, sin la obligacion de pa- « gar al de aquella el valor de la cosa, sin « distinguirse en la *cit. ley vers. mas si* « *acaesciese*, entre si la union se hizo por « *ferruminacion* ó por soldadura con plomo.»

TEXTO.

De confusione.

27. Si duorum materiæ voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et si diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est. Nam et hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito et non voluntate dominorum confusæ fuerint vel ejusdem generis materiæ vel diversæ. Idem juris esse placuit.

TRADUCCION.

De la confusion.

Si las materias de dos dueños por voluntad de ellos se hubieren confundido, el todo que de la confusion resultare se hace comun de entrambos; por ejemplo, si uno confundieren su vino, ó fundieren plata ú oro (a), *y aunque las materias fueren diversas, y por esta causa se hayan hecho nuevas especies; por ejemplo, del vino y de la miel una mezcla, ó del oro y plata el electro, se observa lo mismo: pues tampoco en este caso hay duda de que es comun la especie. Y si las materias, ya de una especie, ya de diversas, hubieren sido confundidas por casualidad y no por voluntad de los dueños se observa tambien lo mismo.*

COMENTARIO.

1. *Qué diferencia hay entre confundir y mezclar, cuando hablamos con propiedad?*
2. *Del efecto de la confusion y de qué manera y de qué cosas produce la comunion esta confusion?*
3. *La confusion hecha por la voluntad de los dueños no pertenece propiamente á este lugar.*
4. *En la confusion fortuita se hacen tambien comunes las materias confundidas; ya sean de una misma especie, ya de diversas, excepto si pudieren separarse.*
5. *Qué sucede si uno de los dueños hiciere la confusion, ignorándolo el otro, ó si la hiciere un tercero?*

1. De dos modos adquirimos por un hecho nuestro y por medio de la accesion el dominio de una cosa agena unida á la nuestra; á saber, por conjuncion y por confusion. Una especie de la conjuncion es la púrpura entretejida en el vestido, segun dijimos en el §. *prec.* En este se trata de la confusion sobre la cual debe verse en primer lugar qué cosa sea, y en seguida qué efecto produzca para adquirir, y de dónde nace. Estas palabras *confundir* y *mezclar* son generales, y se dicen de todas aquellas cosas que de cualquier modo se mezclan, como puede verse en nuestros autores; *l.* 7. §. *voluntas* 8. *hoc tit. l.* 3. §. *ult. l.* 5. *pr. de rei vind.* Con todo, cuando queremos hablar claramente y con propiedad llamamos confusion μίξιν ὑγρῶν, es decir, cuando se mezclan los cuerpos líquidos, y conmixtion μίξιν ξηρῶν, esto es, cuando se mezclan cuerpos áridos y sólidos quedando íntegra su sustancia; en cuya distincion de palabras se funda la razon del diverso derecho que en esta materia se observa. Asi pues, se dice propiamente que se confunden las cosas cuando se mezclan de tal modo que la una se introduce en la otra, y á su vez recibe una parte de esta; por ejemplo, cuan-

(a) L. 34. tit. 28. P. 3.

do se mezcla un vino con otro, ó se funde oro con oro.

2. El efecto de la confusion es que entrambos dueños adquieren recíprocamente una parte de la cosa agena, y esto por fuerza y beneficio de la suya; pues que naturalmente la una cosa atrae á la otra, de donde nace la comunion del todo que ha sido formado por la confusion. A pesar de esto no cualquier confusion produce la comunion, ni tampoco la confusion de todas las cosas cualesquiera que sean. En resúmen, toda confusion se hace ó por voluntad de los dueños; ó sin ella; y en este caso, ó por casualidad, la cual con todo no tiene lugar sin intervenir algun hecho por parte de los hombres; á saber, de aquellos que pusieron la una cosa inmediata á la otra; ó por voluntad de uno solo, ó de un tercero, por ejemplo, Ticio. Las cosas que se confunden: ó son de una misma naturaleza, ó de diversas; y ó son tales que confundidas no pueden separarse, ó que puede esta separacion tener efecto. Ahora bien; la confusion hecha por voluntad de los dueños produce la comunion del todo, sin hacer distincion ninguna: la hecha por casualidad no la produce sino en el caso en que las cosas no puedan separarse (a); y la hecha por voluntad de uno de los dueños tan solo, ó por la de un tercero, únicamente la produce cuando las materias confundidas son de una misma naturaleza, pues que en este caso no pueden separarse, ni forman una nueva especie. Veamos ya lo que dice el emperador y examinemos cada una de estas cosas separadamente.

3. *Voluntate dominorum*). Esta especie propiamente no pertenece á este lugar; pues que la comunion no nace aquí de la confusion de las cosas, sino de la mútua voluntad de los dueños, que se las comunican tácitamente, confundiéndolas. Y esto lo prueba el que aun cuando hubiesen mezclado trigo se observa ordinariamente lo mismo, á pesar de que fuese la confusion de dos especies diversas, §. *sig.*

Utriusque commune est). Esto es, se haria comun de entrambos á proporcion de la parte de materia que antes de la confusion fué de cada uno, *l.* 5. §. *ult. de rei vind.* (b). Llámase comun propiamente aquella cosa que es de dos ó mas; no como que todo ella sea de cada uno, puesto que una misma cosa no puede ser á la vez de dos *in solidum*, *l.* 5. §. *ult. commod.*, sino de cada uno de ellos por partes indivisas, *l.* 5. *de stip. serv.* *l.* 5. §. *ult. de reb. eor. qui sub. tut.* Así que, las partes que antes de la confusion eran de cada uno por separado, empiezan á serlo de modo que tengan las partes intelectual y no materialmente divididas, *d. l.* 5. *de stip. serv.*, y no puede ya uno de ellos vindicar separadamente lo que fué suyo antes de la confusion, sino tan solo una parte del todo *pro indiviso*; por ejemplo, la mitad ó la tercera parte; ó lo que es lo mismo de modo que pueda entablar el juicio *communi dividundo* á fin de que se divida la cosa, y se le restituya la mitad ó la tercera parte de ella á proporcion de lo que puso en la mezcla; en cuyo caso deberá el juez atender al valor de lo que se puso, y á si fué mayor el de la una parte, *d. l.* 5. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *de rei vind.* Y si tal vez no pudiese la cosa cómodamente dividirse se adjudicará por entero á uno, condenándose á su vez á dar al otro una cierta cantidad de dinero, §. *eodem* 5. *infr. de offic. judic.*

Sed et si diversæ materiæ sint, etc.) Y no hay diferencia ninguna entre que sean de una misma naturaleza ó de diversas las materias confundidas por la voluntad de los dueños; pues que la nueva especie que naturalmente resulta de la confusion de diversas materias, por ejemplo, de la mezcla del vino y de la miel, y el electro resultante de la confusion de oro y plata, es preciso que se haga comun de aquellos por cuyo consentimiento y voluntad se ha verificado la confusion de la materia, y que recíprocamente lo que de ahí resulte se haga comun á entrambos. De donde se deduce tambien que no hay diferencia entre que puedan ó no separarse las dos materias, ó reducirse la nueva especie á su primitivo estado, cuya diferencia se tiene en cuenta cuando se trata de que alguno adquiera alguna cosa por derecho de especificacion.

Electrum). Segun Plinio es el oro que tiene una quinta parte de plata. Homero 4. *Odyss.* lo pone en segundo lugar despues del oro, cuando introduce á Telémaco alabando la ciudad régia de Menelao por su esplendor, primero del oro, y despues del electro, *verso* 73.

Χρυσοῦ τοῦ ἠλέκτρου τε καὶ ἀργύρου ἠδ' ἐλέφαντος.

es decir, del oro, del electro, de la plata y del marfil. Véase á Plinio *lib.* 33. *nat. hist. cap.* 4. Strabon *lib.* 3.

4. *Quod si fortuito*). Esta especie de confusion es propia de este lugar. Dice que en la confusion casual se observa lo mismo que se observaria si se hubiesen confundido las materias por voluntad de los dueños; esto es,

(a) L. 34. tit. 28. P. 3.
(b) D. l. 34.

que tambien el todo resultante de la confusion casual de las dos materias se hace comun de los dueños de estas, sin que haya diferencia entre el caso en que las materias son de una misma naturaleza y el en que son de diversas, y por ello ha resultado una nueva especie; pues lo que ha sido hecho por casualidad nadie puede vindicarlo para sí por derecho de especificacion; y lo mismo dice Cayo, *d. l.* 7. §. *sed et si* 9. *hoc tit.* Debe, con todo, advertirse que aquí y en Cayo solo se ponen ejemplos de aquellas cosas que despues de confundidas no pueden distinguirse, ni separarse, las que hace que sean comunes la misma necesidad y caso fortuito; pues la confusion produce el efecto que cada una de las dos materias tenga dentro de sí á la ótra mezclada por todos sus poros, de donde resulta que los átomos de la una están unidos á los átomos de la otra, los que necesariamente se atraen, y de ahí nace la comunion. Pero si las materias por casualidad confundidas pueden separarse, por ejemplo, si se hubiere mezclado plomo con plata, no hay necesidad ninguna de que una cosa atraiga mútuamente á la otra (a), sino que pudiendo ser separadas por los artífices lo serán en efecto, y habrá en este caso, no como en el superior la accion de dividir lo comun, sino la *ad exhibendum*, y la *rei vindicatoria*, *l.* 5. §. 1. *de rei vind. et arg. l. lacus* 12. §. 1. *h. tit.*

5. ¿Pero qué sucederá en el caso en que no se haya hecho la confusion, ni por casualidad, ni por voluntad de los dueños, sino por un tercero, ó tan solo por uno de aquellos, ignorándolo el otro? Este caso se ha omitido aquí. Así, pues, si por ejemplo, Ticio mezclare el vino de Mevio con el suyo ó con el de Sempronio, ó bien mezclara dos materias de una misma naturaleza, tambien deberá decirse que el todo resultante de esta confusion se hace de Ticio y Mevio, ó de Mevio y Sempronio; puesto que contiene la primitiva especie, y la cosa no puede naturalmente reducirse á otro estado; pero si las cosas fueren de diversa naturaleza, como que entonces habrá una nueva especie, esta será de Ticio por derecho de especificacion, si no pudiere reducirse á su estado primitivo; mas si en realidad pudiese esto hacerse, cada uno conservará la suya, *d. l.* 5. §. 1. *de rei vind. d. l. lacus* 12. §. 1. *h. tit.*: véase *sup.* §. *eum ex aliena* 25. *eod.*

6. *Idem juris esse placuit*). La paráfrasis lo traduce negativamente οὐ τό αὐτὸ γενήσεται, esto es, no se obsérva lo mismo: y ciertamente no se observa esto en todos los casos; puesto que si las cosas casualmente confundidas pueden separarse no se hacen comunes segun ya dijimos. Pienso, con todo, contra Hotomano que este pasage debe leerse del mismo modo que se lee en Cayo, *d. l.* 7. §. *sed et si* 9., de donde se ha esto copiado; esto es, afirmativamente, y que entrambos deben atemperarse por otros segun cree Acursio, al caso en que hubieren sido confundidas casualmente dos materias que no pueden separarse, de cuya especie y no de otra son los ejemplos que ponen Justiniano y Cayo. Tambien Harmenópulo *lib.* 2. *tit.* 1. περὶ τῶν ἐξάλλοτρίας ὕλης γίνομεν ὤνειδῶν lo lee afirmativamente τὸ αὐτό γενήσεται, esto es, se observa esto. VINN. Con todo, si despues de hecha la confusion resultare una nueva especie que no es propia para uso ninguno; por ejemplo, si se hubiese confundido vino con cerveza, apenas hay duda ninguna que á aquel que la hubiese confundido se le condenaria en el foro á sentir él solo el daño, y á dar al otro, no una parte de este nuevo licor, sino á restituirle el precio de su cosa.

« Por derecho español, si la confusion hu-
« biere sido hecha por uno de los dueños sin
« la voluntad del otro, permanece cada cosa
« de aquel de quien antes era, sin que en la
« *l.* 34. *tit.* 28. *P.* 5. se haga distincion nin-
« guna. »

TEXTO.

De commixtione.

28. Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem voluntate vestra commune est: quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quàm grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.

TRADUCCION.

De la conmixtion.

Si el trigo de Ticio hubiese sido mezclado con el tuyo, y esto se hubiese hecho con voluntad de entrambos se hace comun, porque los cuerpos, esto es, cada uno de los granos que fueron propios de cada uno de vosotros se han hecho comunes por consentimiento nuestro. Pero si se hubiese verificado esta mezcla por casualidad, ó Ticio la hubiere

(a) L. 34. tit. 28. P. 3. vers. *Esto mismo*, con los siguientes.

ncho sin voluntad tuya, no parece que sea comun, pues que cada uno de los cuerpos conserva íntegra su sustancia, y en este caso no se hace el trigo comun mas de lo que se entiende hacerse tal un rebaño si las ovejas de Ticio fueren mezcladas con las tuyas. Y si uno de vosotros retuviere todo el trigo, compete al otro una accion real por la cantidad que tenia, quedando al arbitrio del juez el apreciar la calidad del trigo de cada cual.

NOTAS.

28. *Non magis istis casibus*). Este es un argumento de semejanza, en el que con todo hay la disparidad de que las ovejas mezcladas pueden separarse mas fácilmente que los granos, y por esta causa puede ser vindicada cada una de ellas por separado, *l.* 23. §. 5. *vers. at in his*, *D. de rei vind.*

Quale cujusque frumentum). En su efecto esta sentencia y restitucion es lo mismo que si el trigo realmente fuese comun, *l.* 5. §. *ult.* 4. *de rei vind.*

COMENTARIO.

1. *La conmixtion propiamente dicha, no pertenece al tratado propuesto.*
2. *Conciliacion de la respuesta de Javoleno en la* l. 78. *de solut. con este texto.*
3. *Explícase la comparacion de la mezcla de las ovejas y del trigo.*

1. Nada hay en este párrafo que pertenezca al comenzado tratado de la accesion, pues se trata aqui de la conmixtion. Conmixtion propiamente se llama cuando se mezclan los cuerpos quedando separados y conservando cada uno de ellos íntegra su sustancia; por ejemplo, si se mezcla trigo con trigo, dinero con dinero, ó unas ovejas con otras. El efecto de esta conmixtion nunca es tal que por medio de ella y por la potestad de nuestra cosa adquiramos cosas agenas, ya sea fácil, ya difícil la separacion de los cuerpos mezclados; pues que de ningun modo sucede que haya algo en mi cosa ó en la agena que necesaria y naturalmente atraiga la otra á sí.

Consensu vestro communicata). Cuando se mezclan dos cosas por voluntad de sus diversos dueños se hacen comunes de suerte que cada uno de ellos adquiere recíprocamente una parte de la cosa agena. Con todo, esto no lo hace la conmixtion ó accesion, sino la tácita voluntad de los dueños que se comunican sus especies por la mútua tradicion, *hoc tex. d. l.* 7. §. *voluntas* 8. *eod. l.* 5. *de rei vind. l.* 4. *pro soc.*

Quia singula corpora in sua substantia durant). Esto es, que por su naturaleza y esencia quedan separados y distintos; de modo que no puede decirse que haya algo en este monton de Ticio que deba atraer á sí el tuyo en todo ó en parte, ni que haya algo tuyo que deba atraer á sí lo que es de Ticio; y sin una circunstancia de estas dos nada de lo vuestro puede hacerse comun en un monton de trigo mezclado por casualidad, ó sin la voluntad de uno de vosotros.

2. Suele objetarse aquí lo que Javoleno dice segun Cayo, que el dinero ageno dado en solucion se hace del acreedor que lo recibió si este lo hubiese mezclado de tal modo con el suyo, que no pudiere distinguirse, *l. si alieni* 78. *de solut.* ¿Diremos por ventura que lo mismo sucede en el trigo que uno por una causa semejante ha recibido de buena fé y lo ha mezclado con el suyo? A esto, empero, se opone, ya la regla general de este lugar, ya tambien la razon que se dá y la comparacion del trigo mezclado y de las ovejas. Muchos piensan que entre el dinero y el trigo hay la diferencia de que las monedas mezcladas de modo que no puedan distinguirse se consideran consumidas, y el trigo no se reputa tal antes de haber sido reducido á harina; pues que la consuncion de aquellas cosas que se consumen por el uso se considera tener lugar por la consuncion de los mismos cuerpos; mas el dinero acuñado se cree consumido muchas veces quedando íntegras las mismas monedas, §. *constituitur* 2. *inf. de usuf.* Es sabido, con todo, que por la consuncion de las monedas dadas en préstamo ó en solucion se muda la causa del dominio, *l.* 13. *l. non omnis* 19. §. 1. *in fin. de reb. cred.* Así á poca diferencia lo explica Acursio, cuya opinion siguen comunmente los doctores, Cuyacio 13. *obs.* 28.

3. *Quam grex intelligitur esse communis*). Añádase aquí que á ejemplo de las ovejas agenas mezcladas con mi rebaño, tambien el trigo mezclado sin voluntad de los dueños queda de quien antes era, sin que haya en el monton nada de comun; pues que la misma razon hay en cada uno de los granos del monton, que en cada una de las ovejas del rebaño formando cada uno de ellos un cuerpo, no ἡνωμένον, ó συνημμένον, es decir, unido, sino διεστώς, separado, cuyos átomos no están unidos sino que cada uno de ellos permanece distinto del otro por su esencia, conservando su naturaleza propia; por lo que la razon del derecho no permite que se confunda en este el dominio mas de lo que se confunde en aquel, *arg. l. rerum mixtura* 30. *de usuc. l. in. rem.* 23. §. 5. *vers. at in his. de rei vind.* Con todo, esta comparacion tiene la disparidad de que las ovejas agenas mezcladas con las mias pueden fácilmente separarse, y por esta causa puede cada una

de ellas ser vindicada, *d. vers. at in his*, mas no así los granos mezclados, por cuya razon creo que ni aun mezcladas voluntariamente las ovejas se haria comun el rebaño á no ser que asi se manifestase expresamente.

In rem actio pro modo frumenti). En el caso en que la cosa no es comun cesa la accion de dividir lo comun, *l. 1. com. div.*, como en el propuesto. Con todo, no podrán vindicarse los mismos granos que antes de la conmixtion fueron de cada uno, puesto que no pueden separarse y designarse; ni tampoco una parte del monton; puesto que esto no es lícito sino en un monton comun, sino la parte que del monton fué y aun es de cada cual, *l. 5. pr. de rei vind.* Ni se opone á esto la naturaleza de la accion real que exige que se designe la cosa que se pide, *l. 6. d. tit.*; pues bastante parecen designarse los granos pedidos en el mismo hecho de manifestar que están en cierto lugar y monton contenidos: el trabajo será en el resultado del juicio y de la restitucion.

Quale cujusque frumentum). Por lo que, si el trigo de uno fuere de mas valor, el oficio del juez deberá tener en consideracion esta circunstancia, de modo que adjudique á aquel cuyo grano fuere de mayor valor, mayor cantidad del monton, ó en dinero, de modo que asi se satisfaga á entrambas partes, *arg. l. 4. de rei vind. §. eadem 5. inf. de off. jud.*; es decir, que en último resultado los efectos de esta sentencia y restitucion son los mismos que si el monton fuese comun, *l. 5. §. ult. d. tit. de rei vind.*

« Por derecho de Partidas se hace comun « la cosa no solo cuando la conmixtion se ha« ce por voluntad de ambos dueños, sino tam« bien cuando sucede por casualidad, y las « cosas mezcladas no pueden separarse sino « con grande trabajo, *L. 34. tit. 28. P. 3.*»

TEXTO.

De his quæ solo cedunt. De ædificatione in suo solo ex aliena materia.

29. Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii: quia omne quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem, quæ vocatur *de tigno juncto.* Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.

TRADUCCION.

De aquellas cosas que ceden en favor del suelo. De la edificacion en suelo propio con materia agena.

Cuando edifica alguno en terreno propio con materia agena se considera dueño del edificio, porque todo lo que se edifica en el suelo cede en favor de este; y no por eso el dueño de la materia deja de serlo, sino que interinamente, ni puede vindicarla, ni obrar ad exhibendum *á causa de la ley de las doce tablas, que dispone que á nadie se precise á sacar de su casa una viga agena, sino que se le condene á pagar el duplo por la accion que se llama de* tigno juncto. *Bajo el nombre de viga viene comprendido todo el material de que se hacen los edificios; y se ha dispuesto esto así para que no sea necesario destruir el edificio. Pero si por alguna causa viniese este abajo podrá el dueño de la materia, sino hubiere ya antes conseguido el duplo, vindicarla entonces, y obrar* ad exhibendum.

NOTAS.

29. *Nec tamen, etc., desinit dominus esse*). Luego en este caso, aquel que edificó es el dueño del edificio, y otro el dueño de los materiales de que está este compuesto, *l. 7. §. 2. D. de re jud. l. 23. §. ult. de rei vind. l. 13. de usuc.*

Neque ad exhibendum). *D. l. 23. §. pen. l. 6. D. ad exhib. l. 1. de tign. junct.* A no ser contra el edificante de mala fé *d. l. 23. §. pen.* contra quien se dá si por dolo malo hubiese dejado de poseer, *l. 1. y l. 2. de tign. junct.*

Eximere cogatur). Y esto á fin de que no sea necesario derribar los edificios, como dice en seguida. Puede evitarse la prestacion del duplo si uno prefiere sacar la viga y restituirla al dueño, pues que no le está prohibido, con tal que no se afee el aspecto de la ciudad con las ruinas de las casas, *l. 2. C. de ædif. priv.* La misma ley prohibe que se saquen las pértigas unidas á las viñas agenas, para que no se impida el cultivo de las viñas, *d. l. 1. de tign. junct.*

Si non fuerit duplum consecutus). Y en caso que tuviere mala fé, aunque lo hubiere conseguido; puesto que si á sabiendas lo unió no se libra con la prestacion del duplo, sino que además se dá contra él la vindicacion de la cosa, *l. 2. de ting. junct.*, siendo en este caso penal esta accion.

COMENTARIO.

1. *No desde luego aquel que es dueño de las cosas se hace dueño de los materiales.*

2. *La accion de tigno juncto se dá tambien en el duplo contra aquel que tuvo buena fé.*
3. *Puede evitarse la prestacion del duplo sacando y restituyendo la viga.*

Dijimos no hace mucho que de dos modos podia suceder, el que adquiriésemos las cosas agenas, que por un hecho de los hombres se unen á las nuestras; á saber, por medio de la confusion, de la que hemos hablado hace poco, y por medio de la *conjuncion*. Llámase *conjuncion* cuando se unen dos cosas de modo que forman un solo cuerpo, quedando íntegra su substancia. Dos especies haremos tambien de esta conjuncion; la una de aquellas cosas que unidas no forman mas que un apéndice y complemento del mismo cuerpo, acerca de las cuales hemos hablado en el §. *si tamen* 26. *sup.*, y la otra de las que se unen á otras cosas de modo que subsisten en ellas, y sin ellas no pueden existir; tal como son estas cinco, que trataremos cada una por separado: la edificacion, la plantacion, la siembra, la escritura y la pintura.

Quia omne quod solo inædificatur, solo cedit). En la conjuncion de las cosas de la que tratamos, asi como por razon natural debe considerarse como la principal aquella que puede subsistir por sí, y por accesoria la que se impone en ella, y sin la misma no puede subsistir; así tambien por la misma razon sucede que esta sea atraida por aquella, y ceda en favor de la misma, como menos principal, y por consiguiente se hace dueño de entrambas el dueño de la mas principal, *l. in rem* 23. §. 3 *y* 4. *de rei vind.* Esta razon pertenece en general á todas las especies de esta conjuncion. Dice, *todo lo que se edifica en el suelo*: esta es la primera especie de esta accesion, y acerca de ella se observa lo siguiente. Todo edificio, aunque hecho con materiales agenos, impuesto al suelo cede en favor de este, *d. l.* 7. §. *cum in suo* 10. *h. tit. d. l. in rem* 23. §. *pen. et ult. de rei vind. l.* 2. *de superf. l. qui domum* 50. *ad leg. Aquil. l.* 2. *C. de rei vind.* Y esto así, ya lo hubiera edificado el dueño del terreno con materiales agenos, ó ya por el contrario el dueño de estos lo hubiese edificado en terreno de otro, *d. l.* 7. §. *ex diverso* 12. *hoc tit.* §. *seq. eod.* Impuesto en el suelo debe entenderse tambien aquello que por ejemplo se ha edificado encima de una pared mia, *l. si supra* 28. *h. tit.* Con todo, para que tenga lugar la razon de este derecho es necesario que lo que se haya edificado esté unido al suelo, pues si por ejemplo Ticio hubiere puesto en el predio de Seyo un granero hecho de tablas de madera, no será de Seyo sino de Ticio que lo puso allí, *l. Titius* 60. *eod.*

Nec tamen is, qui materiæ dominus fuerat, desinit, etc.). Dijimos que aquel que edifica en terreno propio con materiales agenos se hace dueño del edificio, de lo que parece poder deducirse que aquel que era dueño de los materiales deja de serlo; puesto que no puede haber á la vez dos dueños *in solidum* de una misma cosa. Lo contrario, empero, se dice aquí y en Cayo, de que el dueño de los materiales no pierde su dominio, y que aun subsistiendo el edificio se considera dueño de ellos. Para que esto no parezca contradictorio á alguno, debe saberse que bajo diversos aspectos puede decirse que el dueño del edificio se hace tambien dueño de los materiales, y que estos quedan siendo de su respectivo señor. Así pues, si consideramos las vigas ó demás materiales como unidos al edificio, bajo este aspecto, mientras están unidos son del mismo edificio y del dueño del todo (a); por lo que separados de él se dice que vuelven á su primitivo estado, *l. habitator* 59. *de rei vind. l. sed. si* 26. §. 1. *hoc tit.* Pero si no se consideran unidos y prescindiendo del edificio se miran las vigas solo en sí, y como que separadamente tienen su substancia, no puede decirse que el dueño de los materiales haya perdido su derecho; y asi estos aunque unidos se llaman en todas partes agenos; por lo que diremos muy bien que una cosa es la materia y otra el edificio; que este forma un todo, mas los materiales, las piedras, la madera son cosas singulares, que por esta razon no se consideran de la misma naturaleza que aquel. De ahí es tambien porque aquel que posee el edificio no se considera que posea los materiales, y por lo tanto no los usucape, *l. in rem* 23. §. *ult. de rei vind. l. eum qui* 23. *de usuc.*; y tambien lo que responde Ulpiano de que si aquel que pide la casa fuere vencido, y despues pidiere los materiales no parece que pida la misma cosa, *l.* 7. §. *exc. rei jud.*, á causa de que no es necesario que aquel que es el dueño de la casa lo sea tambien de los materiales, cuya razon da el mismo en seguida. Con todo, no hay duda ninguna en que es cierto lo que Hotomano advierte aquí, que, si de agena materia hubiese sido hecha antes una nueva especie, la que se ha puesto despues en el cuerpo de la casa, queda aquella de aquel que la adquirió por derecho de especificacion, así por ejemplo, las maderas ó tablas hechas de un árbol ageno y unidas en seguida al edificio son y permanecen de

(a) L. 38. tit. 28. P. 3.

aquel que las hizo, *arg. l. sed si meis* 26. *in pr. hoc tit.*

Neque ad exhibendum). La ley de las doce tablas no solo prohibe vindicar la materia agena unida al edificio, si que hasta el separarla, de modo que no puede obrarse por esta causa *ad exhibendum, l. in rem* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 6. *ad exh. l.* 1. *de tign. junct.* En esto se diferencian los materiales de un edificio y la piedra preciosa unida á un anillo ageno, de modo que aquellos, ni pueden ser vindicados mientras están unidos al edificio, ni obrarse *ad exhibendum* con el objeto de que se separen, y poder ser vindicados en seguida, *d. l. in rem* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind. d. l.* 6. *ad exhib.*: véase lo que notamos en el §. *si tamen* 16. *h. tit.*

Ne quis tignum eximere cogatur). Dos causas encuentro porqué la ley de las doce tablas prohibió la vindicacion de los materiales agenos unidos á las casas: la una es porqué de este modo no fuese necesario destruir los edificios, *l.* 1. *de tign. junct. l.* 7. §. *cum in suo* 10. *h. tit. et hoc text.* y la otra, para que por esta causa no se afee la ciudad con ruinas (a), *l.* 2. §. *si quis* 17. *l. ult. ne quid in loc. publ. l.* 2. *C. de ædif. priv.* De estas dos, aquella parece ser la principal, y la razon del fin que se propuso la ley, y esta tan solo una como concausa y apéndice de la misma, sobre lo cual luego hablaremos mas. Por la misma ley se prohibe tambien la separacion de las pértigas agenas unidas á las viñas, para que no se perturbe el cultivo de las mismas, *l.* 1. *de tign. junct.*

2. *Sed duplum pro eo præstet*). Para que el dueño de la materia no pueda quejarse de que se le hace una injuria, privándole de su cosa mientras subsiste el edificio, se le concede una accion llamada de *tigno juncto* contra aquel que la unió para conseguir la estimacion de los materiales y hasta el duplo de los mismos, *l.* 1. *de tign. junct. l. in rem* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 6. *ad exhib.* Y no dudo que esta accion en el duplo debe concederse tambien contra aquel que obró de buena fé, pues así lo prueban todos los textos que hablan de ello. En primer lugar, como muy bien observó Tuldeno, *c.* 42. se dice en este párrafo y en Cayo, *d. l.* 7. §. *cum in suo* 10. que esta accion se dá contra aquel contra quien no puede obrarse, ni con accion real ni *ad exhibendum*: entrambas cosas suceden al contrario en el que á sabiendas une una cosa agena á su edificio, *d. l.* 7. §. *cum in suo* 10.; no porque se le reconvenga como á poseedor, para que restituya los materiales; sino porque con dolo malo hizo de modo que no poseyese ó pudiese restituir, para que se estime el precio por medio del juramento *in litem*, *l.* 1. *in fin. de tign. junct.* Y aquí se refiere el lugar de Paulo, *leg. qui res* 38. *in fin. de solut.* en donde dice que la ley de las doce tablas dispuso que pudiese vindicarse el madero unido á las casas, pero que prohibió el que pudiese sacarse de ellas, y quiso que se satisfaciese su valor. Esto no se puede referir al que obró con mala fé, porque se deniega al dueño la vindicacion de los materiales; no solo estando subsistente el edificio, sino aun despues de destruido, si ya antes ha conseguido el duplo por la accion de *tigno juncto*, siendo así que contra aquel que lo une á sabiendas como á ladron, á mas de la accion del duplo, se dá tambien la reivindicacion, *l. ult. de tign. junct.* §. *ult. inf. de oblig. quæ ex del.* A este caso tambien se acomoda la *l. de eo* 63. *de don. int. vir. et ux.*, pues al exceptuarse en ella solo el caso en que los materiales se han unido á la casa con voluntad y ciencia del dueño, se significa bastante que en los demás casos tiene lugar la accion de *tigno juncto* en el duplo. Y si así no fuera, ¿por qué causa se hubiera concedido la accion de *tigno juncto* contra aquel que obró de buena fé, si el dueño de los materiales no hubiese debido conseguir por ella mas de lo que hubiera conseguido por medio de la accion *in factum*, que aun quedaba despues de quitada la vindicacion? *d. l.* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.* A esta opinion, con todo, parece que obstan dos cosas: la primera es el que la ley habla de los materiales furtivos, *d. l. de eo* 63. *de don. int. vir. et ux. d. l.* 1. *de tign junct.*; y la otra que parece una cosa inicua que esté tenido en el duplo el que obró de buena fé. A esto se responde en primer lugar que tambien los materiales que han sido hurtados por otro y unidos por un tercero con buena fé son furtivos, pues el vicio sigue á la cosa. Segundo que la ley de las doce tablas no hizo mencion de los materiales furtivos con el fin de no querer conceder la accion en el duplo para los no furtivos, sino porqué sucede muy rara vez que las cosas muebles agenas que paran en poder de otros, ignorándolo su dueño, no caigan en el vicio de furtivas, §. 2. *inf. de usuc.* Por lo que, ni Cayo, ni Justiniano, ni Paulo en *d. l.* 23. §. *pen. de rei vind.* hacen mencion de los materiales furtivos, sino tan solo de los agenos, á pesar de que todos proponen esto segun la misma ley. Tercero, que no hay aquí iniquidad ningu-

(a) L. 38. tit. 28. P. 3. L. 16. tit. 2. P. 3.

na; pues la injuria que se hace al dueño de la materia obligándole á carecer de su cosa debe compensarse con alguna utilidad pecuniaria, y por el duplo que él recibe consigue aun mayor ventaja á su vez aquel que unió los materiales puesto que no está obligado á sacarlos con perjuicio de su edificio.

5. Puede, con todo, evitar la prestacion del duplo si prefiere separar los materiales y restituirlos al dueño; pues no se le prohibe esto por la ley de las doce tablas, en la que se dispone, no el que no sea permitido al dueño el separar los materiales sino el que no se le obligue á hacerlo para que los edificios no deban derruirse ó demolerse con mucho perjuicio del edificante, *hoc tex.* y en Cayo, *d. l.* 7. §. *cum in suo* 10. *hoc tit. l.* 2. §. *si quis* 17. *l. ult. ne quid in loc. pub.* Y asi deben interpretarse otros lugares en los que se dice que la ley prohibe, veda ó no permite que se separen los materiales, *l.* 6. *ad exhib. l.* 1. *de tign. junct. l. qui res* 98. *in fin. de solut.*, pues que no solo la vindicacion, sino que tambien la accion *ad exhibendum* quisieron quitar las leyes con estas palabras, segun lo prueba este párrafo y *d. l.* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 1. *de tign. junct.* Ciertamente confieso que en esta materia se tuvo en consideracion el público ornato, para que no se afease el aspecto de la ciudad con la demolicion de las casas y sus ruinas; con todo, aunque esta consideracion movió á dictar la ley no fué la causa principal por la que se prohibió separar los materiales, segun claramente puede deducirse de que de otra suerte deberia decirse que nunca es lícito á los ciudadanos demoler sus edificios ó separar de ellos los maderos, lo que es falso, *l. sin autem* 27. §. *ult. l. Julianus* 27. *de rei vind. l.* 5. *in fin. C. eod. l. pro voluptariis* 9. *de imp. in res dot.* Y por otra parte, no toda separacion de un material, ocasiona la ruina del edificio, por lo que tal vez no infundadamente puede defenderse que el fin de la ley de las doce tablas fué el mismo que el del senado-consulto que dispuso que no pudiesen legarse las cosas unidas á las casas, ni fuese lícito el demoler los edificios por causa de comercio, ó separar de los mismos los mármoles, columnas ú otros materiales, *l. cætera* 41. §. 1. *l. senatus* 43. *de legat.* 1. *l. senatus* 52. *de cont. empt. l. ult. de damn. inf.*; y esto no por otra causa, sino porque el aspecto de la ciudad no se afease con la ruina de los edificios, *l.* 2. *Cod. de ædif. priv.* Asi del mismo modo que no infringe el senado-consulto aquel que separa algo sin temor de ruina, asi tampoco contraviene á la ley antigua el que para evitar la prestacion del duplo prefiere separar los materiales, con tal que lo haga sin riesgo de que se arruine la casa. Casi del mismo modo discurre Bacovio aquí. En cuanto á mí, para decir la verdad me parece que inútilmente prohibe la ley lo que nadie de sano juicio haria voluntariamente. VINN. Muchas cuestiones y no poco dudosas se ofrecen aquí: nosotros examinaremos principalmente dos. Pregúntase primero si la accion de *tigno juncto* se dá contra el poseedor de buena fé? Aun cuando así lo afirma Justiniano parece obstar; primero, el que la ley de las doce tablas solo trata de los materiales furtivos, *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *ff. de tign. junct. l.* 63. *ff. de donat. inter vir. et ux.*: segundo, que esta accion de *tigno juncto* es penal, y por lo mismo no debe tener lugar contra aquel que en nada delinquió: tercero, que Paulo *l.* 98. §. *ult. ff. de solut.* dice expresamente que la accion contra el que obra de buena fé se dá en el simplo. Mas se responde á lo primero, que las doce tablas no hablaron precisamente de los materiales furtivos. Festo nos conserva estas palabras: *tignum junctum ædibus vineæque ne concap ET ne solvite*; á las que añadió Gotofredo, *Ast qui junxit, duplio damnator. Tigna quandoque sarpta, donec dempto erunt, vindicato.* Por lo que, solo por via de ejemplo hicieron mencion los jurisconsultos de los materiales furtivos. A lo segundo que esta accion aunque penal puede tambien tener lugar contra el que obra de buena fé, y así lo dice muy bien Pagenstecher, en *Irneri. inj. vapul. coit.* 54. §. 7.: á lo tercero que en la ley 98. *de solut.* no se niega que pueda pedirse el duplo, sino que se dice que debe satisfacerse el precio. En segundo lugar se pregunta si el que unió los materiales, separados estos queda libre? Así lo afirma nuestro autor y tambien otros: pero la ley de las doce tablas fué prohibitiva segun se vé por la *l.* 6. *ad exhib. l.* 1. *de tign. junct.* y *l.* 98. *fin. de solut.*, y la razon que tuvo para que la ciudad no se afease con ruinas, ó no se destruyesen los edificios, no permite que digamos que está en el arbitrio del edificante el separar los materiales, ó bien pagar el duplo segun quiera. La *l.* 56. *de don. int. vir. et ux.* habla de aquel que edificó con ciencia y paciencia del dueño. HEIN.

Omnis materia, ex qua ædificia fiunt). Lo mismo se dice tambien en la *l. tign.* 7. *ad exhib. l. tign.* 62. *de verb. sign.*, por lo que, algunos dicen que bajo el nombre de *madero* vienen comprendidas las tejas, las piedras, ladrillos, y tambien la cal y arena; y en las viñas las perchas ó estacas y demás cosas ne

cesarias en las mismas, *d. l. 1. §. 1. de tign. unct.*

Tunc eam vindicare). Aun cuando el edificio fuere destruido despues de transcurrido el tiempo de la usucapion; pues el que posee las casas no se entiende que posea los materiales aisladamente, como se ha dicho mas arriba, *n. 1. l. 23. §. ult. de rei vind.* . 33. *de acquir. poss. l. 23. de usuc.*

« En España el dueño del edificio adquiere el dominio de los materiales que á él se hayan unido, ya con buena, ya con mala fé, *l. 38. tit. 28. P. 3.* Con todo, está admitida en favor del primitivo dueño la accion de *tigno juncto* en el duplo, tanto contra aquel que hizo la union con buena fé, *l. 16. tit. 2. P. 3. vers. Pero y sig.*, como contra aquel que la verificó con mala fé *d. l. 38.* Además en el vers. *Casi á sabiendas*, con los siguientes *d. l. 16.* hallamos establecido, que aquel que verificó la union con mala fé debe ser condenado en lo que el actor juró delante del juez que fué perjudicado. Por esta razon parece deberemos decir que en el arbitrio del actor está el pedir el duplo ó el *id quod interest*. En la práctica, si los materiales se han unido al edificio con buena fé solo debe concederse á su dueño la estimacion de los mismos, segun Galin. in *Phœn. lib. 5. tit. 2. §. 2. y* Torres *h. t.* »

TEXTO.

De ædificatione ex sua materia in solo alieno.

30. Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo ædificare: et ideo licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit. Nam scienti solum alienum esse, potest objici culpa, quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.

TRADUCCION.

De la edificacion con materiales propios en suelo ageno.

Por el contrario si uno edificare en suelo ageno con materiales propios, la casa se hace de aquel de quien es el suelo; pero en este caso el dueño de los materiales pierde la propiedad de los mismos, porque se considera haberlos enagenado voluntariamente si no ignoraba que era ageno el suelo en que edificaba; por lo que, aun cuando se destruyere la casa no podría vindicar los materiales. Es cierto, con todo, que estando en posesion el edificante si el dueño del suelo reclamare la casa como suya, y no pagare el precio de los materiales y los jornales de los operarios puede ser repelido por la excepcion de dolo malo si el poseedor edificó con buena fé (a). *Pues á aquel que sabia que era ageno el suelo se le puede imputar la culpa porque edificó temerariamente en un terreno que sabia era de otro* (b).

NOTAS.

30. *Ex diverso*). Está copiado de Cayo, *l. 7. §. 12. D. h. tit.*

Si non ignorabat). Pues si lo ignoraba, aunque el edificio se hace del dueño del suelo no pierde, con todo, la propiedad de los materiales, y despues de destruido el edificio podrá vindicarlos, *l. 2. D. de rei vind.*

In possessione constituto). Dice, *en caso que posea*, pues que sinó poseyere no tiene accion ninguna por la que pueda conseguir el precio de la materia y las impensas hechas *l. 33. D. cond. ind. l. 14. D. de exc. dol. leg. 48. de rei vind.* Cuyacio, con todo, le dá la condicion incierta, esto es, de la posesion.

Potest objici culpa). *L. 37. D. de rei vind.* Debe, con todo, permitírsele el que se lleve sin detrimento del primitivo estado de la cosa lo que en ella puso, *d. l. 37. l. 5. Cod. eod.*

COMENTARIO.

1. *Por lo que hace á la materia se observa un derecho diferente, segun la condicion de las personas que edifican con materiales propios en terreno ageno*
2. *No siempre aquel que á sabiendas edifica en un terreno de otro se entiende que lo hace con ánimo de donar.*
3. *El edificante que se halla en posesion puede conseguir el precio de los materiales y las impensas hechas, oponiendo la excepcion de dolo malo.*
4. *El edificante que no posee no tiene para este objeto accion ninguna segun el derecho.*
5. *Si el poseedor de mala fé puede conseguir por una razon análoga el precio de la materia y las impensas hechas?*

Explícase aquí un caso contrario al anterior. En el párrafo precedente se habia tratado de aquel que con agenos materiales edificó en suelo propio: aquí se trata del que con materia propia edificó en suelo ageno, sobre cuyo punto se establecen diversas disposiciones, segun la condicion del edificante y el tiempo, por lo que hace al material é impensas empleadas en edificar, pues por lo

(a) L. 41. tit. 28. P. 3.
(b) L. 12. d. tit.

que respecta á la adquisicion del edificio no se hace diferencia ninguna entre las personas de los edificantes, sino que la cosa se hace siempre de aquel de quien es el terreno, segun la regla anterior ya explicada en el §. *prec.*

1. *Utique si non ignorabat*). Cuando no se trata del mismo edificio sino de conseguir los materiales ó su precio, ú otras impensas, no es igual la condicion de todos los edificantes en el caso propuesto, sino que es diferente la del que edifica con buena fé, creyendo ser suyo el terreno, de la de aquel que á sabiendas edificó en suelo de otro. Acerca de los materiales se observa esto: aquel que con materiales propios edificó con buena fé en suelo de otro, aunque en este caso el edificio cede en favor del suelo, y por esta causa lo adquiere el dueño de este, con todo, no pierde la propiedad de los materiales *arg. hujus* §. en las palabras por mi notadas. Por lo que, aunque subsistente el edificio no tiene accion ni excepcion ninguna por la que pueda lograr que se separen los materiales, y se le devuelvan, á causa de la ley de las doce tablas; con todo, se le ha concedido que pudiese conseguir la estimacion, como luego veremos, y despues de destruido el edificio podrá vindicar la misma materia, *l.* 2. *C. de rei vind.* Aquel, empero, que con materiales propios edificó con mala fé en terreno de otro, pierde la propiedad de los mismos, de modo que ni aun despues de destruido el edificio puede vindicarlos (a). La razon de esto, dice Justiniano, insiguiendo á Cayo en la *l.* 7. §. *ex diverso* 12. *h. tit.* que es porque se considera que voluntariamente enagenó sus materiales, esto es, que los donó al dueño del terreno; siendo esta una presuncion del derecho contra el que á sabiendas edificó en suelo ageno, *arg. l.* 14. *de donat. l. cujus per errorem* 53. *de reg. jur.*

2. Apesar de esto, si hubiere alguna conjetura probable por la que pueda deducirse que, aunque á sabiendas, con todo no edificó con ánimo de donar, no se le prohibirá que despues de destruido el edificio pueda vindicar los materiales. *l.* 2. *Cod. de rei vind.* Supongamos que uno edificó en una área agena que habia comprado con buena fé, pero que al tiempo de edificar sabia que era de otro; negaré que en este caso lo hubiese hecho con ánimo de donar; pues tenia la esperanza de poder usucapir el area, *arg. l. Julianus* 37. *de rei vind.* Supongamos tambien que se ha edificado en un suelo litigioso: en este caso se dirá haberse hecho con objeto de defender su derecho y posesion, no con ánimo de donar; segun la *ley* 2. *eod. cod. tit.* Supóngase por fin que ha sido un colono ó inquilino el que ha edificado en un terreno arrendado: deberá decirse que esto se ha hecho con objeto de usar mas cómodamente de la cosa arrendada, ó para habitar en ella: no por haber querido dar los materiales al dueño, *leg. dominus* 55. §. 1. *Locat.* Con todo, aunque uno edificase con mala fé en terreno ageno con materiales tambien de otro, es conforme á equidad que destruido el edificio se restituya la materia al primer dueño, *arg. d. l.* 2.; y este es el comun parecer de los intérpretes: véase á Wesemb. y Myns.

Si in possessione constituto ædificatore etc.) No teniendo el edificante, de cualquier especie que sea, mientras que subsiste el edificio accion ni excepcion ninguna, como ya se ha dicho, por las que pueda conseguir los mismos materiales, se pregunta si á lo menos tiene algun recurso para poder lograr la estimacion de los mismos, y demás impensas hechas en el edificio? Y en cuanto á esto es diferente tambien lo que se observa segun las circunstancias del tiempo y condicion de los edificantes. Primero, hay diferencia entre que el edificante posea la cosa, ó no la posea: si la posee puede conservar las impensas oponiendo la excepcion de dolo malo, si el dueño vindicare el edificio sin ofrecerle la restitucion de las mismas; y esto es lo que los jurisconsultos en *d. l.* 7. §. *ex diverso* 12., y el emperador aquí dicen, que si estando el edificante en la posesion, el dueño del terreno reclama la cosa como suya, y no satisfaciese el precio de los materiales, puede ser repelido por la excepcion de dolo malo, por cuanto obra con dolo malo y contra la equidad natural aquel que pide enriquecerse con daño y perjuicio de otro, *l. nam hoc natura* 14. *de cond. ind. l.* 1. *de dol. mal. exc.* Por lo que, esta excepcion solo debe darse en cuanto se ha hecho mas preciosa la cosa, *l. in fundo* 38. *de rei vind.*, y tan solo si el valor de los materiales excediese el de los frutos percibidos antes de la litis contestacion, *l. sumptus* 48. *eod.* (a). Pues aquel que solo trata de recobrar lo suyo no obra dolosamente, *l. nihil dolo* 129. *de reg. jur.*, ni procura enriquecerse con perjuicio de otro el que solo intenta que se disminuyan las impensas á proporcion de la cantidad de los frutos percibidos.

4. Si, empero, el edificante no posee, no le concede el derecho accion ninguna para

(a) L. 42. tit. 28. P. 3.

(a) L. 41. y 44. tit. 28. P. 3.

conseguir el precio de la materia, ó las impensas que hubiere hecho. Que esto es así nos lo demuestra la remocion de todas las acciones que pueden tener lugar en este caso. La ley de las doce tablas quitó la vindicacion y accion *ad exhibendum*. La accion de *tigno juncto* solo se concede contra aquel que unió él mismo los materiales, *l. 1. de tign. junct.* La accion *in factum*, de la que se trata en la *l. in rem* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.* no se dá contra aquel de quien no intervino hecho ninguno. Tampoco puede tener lugar la accion de los negocios hechos; pues aquel que hace algunos gastos en una cosa como á suya hace un negocio propio y no ageno, por cuya razon tambien se le niega la repeticion, *l. 5. C. de rei vind.*; y en general se les deniega á todos los que no tienen intencion al hacer alguna cosa, de repetirla ó obligarla, *l. 4. Cod. de neg. gest. l. in hoc* 14. §. 1. *vers. diversum, comm. divid.*; pues los actos de las personas no producen efecto mas allá de su intencion, *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* Finalmente, tampoco puede tener la condicion de lo indebido, pues como dice Juliano, *l. si in area* 33. *de cond. ind.* aquel que voluntariamente entregó la posesion al dueño no desempeña negocio alguno con él, y tan solo recibe lo suyo el dueño. Sobre lo que dice Pomponio en general que por aquellas causas que se tiene la retencion de una cosa no se tiene la peticion; de modo que si pagáremos no podremos repetir, *l. ex quibus* 51. *d. tit.* Pero no hay necesidad de esta induccion, pues si alguno dudare sobre esto, constantemente dicen todos los antiguos que de ningun otro modo pueden deducirse las impensas hechas en cosas agenas que por la retencion, oponiendo la excepcion de dolo malo en caso que el dueño vindicare la cosa, Papiniano, *l. sumptus* 48. *de rei vind.* Juliano *d. l. si in area* 33. *de cond. ind.* Paul. *l.* 14. *de dol. mal. exc.* Pompon. *l. hæres* 21. *ad sen. Treb.* Por lo que, no pudiendo este remedio competer á ningun otro que al poseedor, no nos es lícito contra la manifiesta razon del derecho, y contra unos textos expresos excogitar otro remedio para socorrer al que no posee concediéndole gratuitamente una accion para conseguir las impensas, y esto solo por equidad sin que haya causa ó fundamento en que la accion se radique, segun la *l. 1. Cod. de legib.*; pues mas fácilmente se socorre en el mismo juicio á alguno que instituyó una accion por medio del oficio del juez, que no se introduce una accion que no nace de las principios ciertos del derecho. Por lo que, aunque aquí haya cierta obligacion natural que nace de la equidad, con todo la sola obligacion natural no produce accion si no vá acompañada del derecho civil ó pretorio, Ant. Fab. 20. *err.* 9. *et seq.* Tim. Fab. *annivers. disp.* 13. *th.* 5. Es verdad que Cuyacio 10. *obs.* 3. piensa que el edificante que no posee puede reclamar la posesion por la condicion de lo incierto, y de este modo conseguir sus impensas, oponiendo la excepcion de dolo malo contra el demandante, *arg. l. indebiti* 15. §. 1. *l. qui exceptionem* 40. §. 1. *de cond. ind.* Pero hay mucha diferencia entre que uno haga algun gasto en una cosa agena como á tal y que sabe debe restituirla, y que por lo tanto lo hace con ánimo de obligar á otro, de cuyo caso hablan dichos textos, y entre que lo verifique en nombre propio, y como en una cosa propia, cuyo caso es el que aquí se propone, segun el texto de *d. l.* 14. §. 1 *comm. div. l. 5. C. de rei vind.* Equivócase Martin Glosador y Goedeo que le sigue en la *l. impensæ* 79. *de verb. sign.* cuando conceden al que no posee la accion útil de los negocios hechos, *arg. l.* 6. §. 3. *de neg. gest. l.* 8. *de pign. act. l.* 7. §. *ult. solut. matr.* pues en dicha *l.* 6. §. 3. se trata de aquel que tomó á su cargo el administrar la cosas agenas como á tales, aunque con la intencion de lucrarse con ellas ó de apropiarse algo de las mismas, y en las otras dos se trata de aquellos que hicieron algunos gastos en una cosa que recibieron por contrato de su dueño, los que es cierto que pueden conseguir la indemnizacion, ó por la accion contraria, ó por la de los negocios hechos; lo que notan vulgarmente aquí los doctores. No obsta á esto la ley 5. *C. de rei vind.* en la que se dice que tambien el poseedor de mala fé puede repetir las impensas necesarias; primero, porque aquí no se trata de estas, sino tan solo de las útiles, y despues porque de que se diga que hay la repeticion de las impensas, no se sigue que desde luego hay una accion para obtenerlas; pues basta que la repeticion tenga lugar en cierto modo por medio de la retencion y excepcion, pues la palabra repeticion, así como la de peticion se puede referir tambien á aquel que hace uso de una excepcion, *l. 1. de excep. l.* 15 *rat. rem hab.*, y no de otro modo puede tomarse en *d. l.* 5., en la que se trata de edificante que está en posesion, Don. 20 *comm.* 7. Con todo, el parecer de Marciano á causa de su equidad se observa hoy dia en los juicios, á lo menos en cuanto el dueño se ha hecho mas rico, segun dice Car. Molin *ad consuet. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *num.* 92. *y sig.*; lo que con mayoria de razon debe observarse en el que edificó con buena fé

en suelo ageno, segun la *l. si me et Titium* 32. *de reb. cred.* Diod. Tulden. *hic. c*, 58. pues que este, aun despues de destruido el edificio, puede vindicar los mismos materiales, Garz. *de expens. et meliorat. c.* 1. *n.* 24. *et c.* 7.

5. *Utique si bonæ fidei possessor fuerit, etc.*). No basta para deducir las impensas que el edificante esté en posesion si dichas impensas no se han hecho con buena fé; pues que al poseedor que la tiene mala se le deniega la deduccion de las mismas, *l. Julianus* 37. *de rei vind. l. idque* 45. §. 1. *in fin. de act. empt. l.* 5. *C. de ædif. priv.* Con lo que es conforme lo que dice Papiniano, *l. sumptus* 48. *de rei vind.* de que no pueden pedirse las impensas hechas en un prédio ageno, sino que por medio de la excepcion de dolo malo, y por el oficio del juez pueden conservarse por equidad, si hubieren sido hechas por un poseedor de buena fé, dando á entender que en el de mala fé, ni aun por equidad debe esto tener lugar. Pues que si este quisiere escudarse con semejante excepcion contra el dueño que vindica su cosa puede objetársele y replicársele por este que temerariamente y á sabiendas edificó en suelo ageno, *hoc text. et l.* 7. §. *ex diverso* 12. *eod. l. Julianus* 37. *de rei vind.* Por una razon igual pueden deducirse los gastos hechos por error, *l. sin autem* 27. §. *ult. d. tit.*; mas los hechos con malicia no deben restituirse, *l.* 5. *Cod. de ædif. priv.* ¿Qué es pues lo que Paulo *l. plane* 38. *de hær. pet.* dice que tambien en la persona del ladron se deben tener en consideracion los gastos para que el demandante no se enriquezca con perjuicio de otro? No distinguiré como hacen vulgarmente, entre la peticion de la herencia y la accion especial *in re*; pues no tienen razon ninguna para separar estos juicios en el caso propuesto, pero debe advertirse que no dice Paulo simplemente que tambien el ladron pueda deducir ó imputar las impensas, ó que por medio de la retencion y oponiendo la excepcion de dolo malo pueda conservarlas; sino que tan solo dice que en su persona deben tambien tenerse en cuenta las impensas necesarias y útiles; lo que debe entenderse de modo que pueda deducir las necesarias puesto que la deduccion de estas está concedida á todos los poseedores aun á los de mala fé (a), *l.* 5. *C. de rei vind.*; pero las útiles, de las que tan solo se trata aquí pueda quitarlas sin detrimento de la cosa, *d. l. Julianus* 37. *de rei vind. l.* 5. *Cod. eod.*; pues de este modo tambien se tienen en consideracion en la persona del ladron las impensas útiles, aunque por derecho extricto no tenia facultad para quitarlas. ¿Qué sucederá, pues, si el demandante no quiere permitir que detraiga las impensas útiles, pues puede hacerlo este con derecho? *l. in fundo* 38. *de rei vind.* En este caso tambien se deducirán las impensas útiles, para que, como dice Paulo, el demandante no se enriquezca con perjuicio de otro; cuya razon tiene lugar en las impensas útiles, tan solo en este caso, no empero si el demandante está dispuesto á permitir que se separen (b). Así piensa Ant. Fab. *cons.* 1. *et dec.* 26. *err.* 8. *et seq.*, de cuya opinion soy, aunque Bacovio adopta la vulgar distincion entre la peticion de la herencia y de las cosas singulares, *not. ad Treult.* 1. *disp.* 14. *thes.* 19. *et p.* 2. *disp.* 20. *thes.* 6. Otros restringen *d. l.* 38. á aquellas impensas que son á la vez necesarias y útiles; pero entonces nada habria dicho el jurisconsulto de solo las útiles; y que no únicamente las necesarias sino tambien las útiles *simpliciter* entendió el jurisconsulto, lo manifiestan los ejemplos que en la *l.* 39. *eod. tit.* se ponen, entre los que se halla la estimacion del pleito satisfecha por causa de los siervos la cual es una impensa útil, no necesaria. Toda esta cuestion sobre la retencion de la cosa por causa de los gastos hechos en ella por el poseedor recibe muchas y grandísimas variaciones, ya por las personas de los poseedores y demandantes, ya por las causas y especies de los gastos; lo que no es propio de este lugar tratar detenidamente. Donell. 20. *comm.* 7. Costal. *in l. in fundo* 38. *de rei vind. y l. si in area* 33. *de cond. ind.*

« En España tambien en el caso de que se « trata en este texto el dueño del edificio lo « es siempre de los materiales, prescindiendo « de si la union ha sido hecha con buena ó « con mala fé, segun la *l.* 38. *tit.* 28. *P.* 3 « citada al fin del párrafo precedente.»

TEXTO.

De plantatione.

31. Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mevii solo posuerit, Mevii planta erit, si modò utroque casu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideo circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.

(a) L. 44. tit. 28 P.

(b) D. 1, 44.

TRADUCCION.

De la plantacion.

Si Ticio puso una planta agena en terreno propio será el mismo, y por el contrario si Ticio puso su planta en tierra de Mevio será de este, con tal que en entrambos casos haya echado raices; pues antes de este tiempo queda de aquel de quien era. Desde el tiempo, empero, en que la planta se hubiese arraigado se muda su propiedad, de modo que si el árbol del vecino estuviere tan inmediato á la tierra de Ticio que echare raices en el fundo de este, diremos que el árbol se hace de Ticio; pues la razon no permite que se considere el árbol de otro que de aquel en cuyo fundo arraigó, por lo que si un árbol colocado en los límites echare tambien raices en el fundo del vecino se hará comun (a).

NOTAS.

51. *Si modo utroque casu radices*). Por cuanto desde aquel tiempo no solo se adhirió al suelo como la superficie de este, y forma con él un solo cuerpo, *l.* 40. *D. de act. empt.*; sino que tambien saca de él su alimento; por lo que, el árbol que se arraigó en terreno de otro no se considera ya el mismo, y arrancado de nuevo no se restituye á su primer dueño, *d. l.* 26. §. 2. *h. tit.* Con todo, Nerva y Varo concedian á este la accion útil *in rem*. *l.* 5. §. 3. *de rei vind.*

Communis fit). Esto es, no *pro indiviso*; sino segun la parte de cada fundo, *l.* 8. *h. tit.*; pero despues de arrancado empieza á ser comun *pro indiviso*, *l.* 19. *comm. div. l. gen. pro soc.* Por lo que, en *d. l.* 8. §. 1. en vez de *sunt pro indiviso communia prædia*, debe leerse *pro diviso*. Cuyacio.

COMENTARIO.

1. *La propiedad del árbol transplantado se muda de tal modo despues de haber hechado raices que en el caso de ser arrancado de nuevo no se restituye á su primer dueño.*
2. *Qué accion se concede al primer dueño para conseguir el precio de la planta; en primer lugar á aquel que puso una planta agena en su terreno; y despues á aquel que puso la suya en un terreno ageno?*
3. *Conciliase á Pomponio con Cayo y Justiniano.*

La segunda especie de la accesion propuesta es la de las plantas colocadas en terreno de otro, de la cual Justiniano, insiguiendo á Cayo, en la *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* dice que *si Ticio puso una planta agena en su tierra será del mismo; y por el contrario que si Ticio pusiere una planta suya en terreno de Mevio la planta será de Mevio, con tal que en entrambos casos haya echado raices, pues antes de esto queda de aquel de quien era.* Tres cosas se nos enseñan con esto: la primera, que las plantas colocadas en terreno de otro quedan de aquel de quien antes eran hasta despues de haber echado raices: segunda, que desde este momento ceden en favor del suelo, y empiezan á ser de quien es esté: tercera, que no hay diferencia ninguna en el caso propuesto entre que uno haya colocado una planta agena en su terreno, ó una planta suya en terreno de otro. La razon de la accesion se ha expuesto mas arriba y puede añadirse tambien la de que las plantas no solo existen en el suelo, sino que desde el momento que han hechado raices toman su alimento y jugo del mismo, sin los cuales no pueden vivir ni vejetar, *l. sed si meis* 26. §. 2. *h. tit.*

Si modò utroque casu radices egerit). Lo mismo quiere decir, *si se hubiere unido al suelo, si coaluerit*, §. *seq. et d. l. sed si meis* 26. §. 2. *eod. l. hoc amplius* 9. §. *Alfenus* 2. *de damn. inf.* pues por medio de las raices se hace que las plantas se unan con la tierra, de modo que ya no estén separadas del fundo, *l. Q. Mucius* 40. *de act. emp.* Es señal, empero, de haberse unido y echado raices si el árbol vive y vejeta, pasado aquel tiempo en que hubiera podido morir y secarse; y lo es mas aun si sacare hojas ó produjere frutos. Y debe saberse que la propiedad de un árbol transplantado se muda de tal modo desde el momento en que hecha raices, que ni aun despues de arrancado de nuevo se restituye á su primer dueño, *d. l. sed si meis* 26. §. 2.; por lo que, no se le ha favorecido como al señor de los materiales que se han unido á un edificio ageno, puesto que estos subsistiendo integros pueden ser vindicados por su dueño despues de derribado el edificio, *l.* 2. *C. de rei vind.*; empero, el árbol que se unió á un terreno ageno no subsiste siendo el mismo, sino que se hace otro diferente por medio del ageno alimento del nuevo terreno, *d. l. sed si meis* 26. §. 2. De ahí es tambien que aquel que plantó un árbol en terreno ageno, ni aun estando en posesion tiene la retencion, de modo que le sea lícito arrancarlo, puesto que ni aun despues de arrancado se hace suyo; todo lo que sucede al contrario en aquel que edificó con materiales propios en suelo ageno, *l. sin autem* 27. §. *ult. l. Julianus* 27. *de rei vind. l.* 5. *C. eod.*: véase el §. *prec.*

2. Con todo, es justo conceder al dueño primitivo una accion contra aquel que trasplantó un árbol ageno en terreno propio; á lo menos para conseguir su valor, para que

(a) L. 43. tit. 28. P. 3.

de este modo no pierda el dueño una cosa por un hecho de otro de suerte que no le sea posible conseguir su estimacion. Se le dará, pues, la accion *in factum* segun la *l. in rem* 23. §. *idem quæcumque de rei vind.* Varo y Nerva le daban la accion útil *in rem. l.* 5. *de arbore* 5. *de tit.* con el objeto de conseguir el precio; puesto que la directa no la tiene, *l.* 9. §. *Alfenus* 2. *de damn. inf.* Contra aquel que obró con mala fé se dá tambien lo accion de hurto y la condicion furtiva, como contra un ladron, §. *ult. inf. de obl. quæ ex del.* Dáse tambien la vindicacion y la accion *ad exhibendum*, no como que aun poseyese, sino como que ha dejado de poseer, *l.* 1. *in fin. y l.* 2. *de tign. junct.* Si, empero, uno planta su árbol en terreno de otro se observará lo mismo que dijimos acerca de aquel que edificó en suelo ageno con materiales propios; por lo que, si hubiere perdido la posesion no tendrá accion ninguna para conseguir el precio del árbol ó las impensas que hubiere hecho, puesto que ni tan siquiera puede dársele la accion *in factum*, por cuanto esta solo tiene lugar en el perjuicio causado á otro. Unicamente le queda que si lo plantó con buena fé y está aun en posesion puede por medio de la accion de dolo malo conseguir la estimacion y las impensas, *l. si quis sciens* 11. *C. de rei vind. l. qua ratione* 9. *in pr. h. tit.* Al poseedor de mala fé, empero, se le puede imputar el que temerariamente plantó un árbol en un terreno que sabia era de otro, *arg.* §. *præc.*

Ut in ejus fundum radices egerit). De modo que se entiende que ya se alimenta enteramente de la tierra de Ticio, lo que puede tener lugar alguna vez; por ejemplo, si habiéndose secado ó perdido las antiguas raices extendiere las nuevas hácia el fundo del vecino, de manera que ya saque de este todo su alimento. Consúltense para esto los escritores de agricultura. Enteramente ageno es de la mente y palabras de Justiniano lo que algunos dicen de que no se hace de Ticio el árbol antiguo que colocado en el fundo vecino echa las raices en el de Ticio, como que fuese imposible el que echase sus raices enteramente en el fundo de Ticio, ó que se alimentase únicamente de este; sino tan solo el árbol nuevo que tal vez saliere de las ramas enterradas en el fundo de Ticio; pues Justiniano dice que se muda la propiedad del árbol; lo que debe absolutamente entenderse del árbol antiguo que antes era del vecino. Y lo que se sigue del árbol puesto en el confin de dos campos, del que dice que se hace comun si echare tambien sus raices en el fundo del vecino no puede entenderse de otro árbol que de aquel que antes fué de uno solo.

Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit). Fúndase esto en la misma razon; pero debe limitarse únicamente al caso en que el árbol hubiese echado algunas raices principales en el fundo del vecino; pues si tan solo hubiere extendido la mitad de las suyas en dicho fundo, aunque por ellas saque de él algun alimento, queda con todo de aquel en cuyo fundo tuvo origen, á causa de que se debe atender á las raices mas próximas al tronco del árbol y no á sus extremidades; y así es como ha de conciliarse Pomponio en la *l.* 6. §. *ult. arb. furt. cæs.* con Cayo y Justiniano. Pacio *in antys hic.* VINN. Aparece que fueron diversas las opiniones de Cayo y de Pomponio; pues que Cayo no tiene en consideracion ni al tronco ni las ramas; y Pomponio solo al tronco. HEIN.

Communis fit). Dice esto alusivamente; pues no se hace comun *pro indiviso*; sino por la parte de cada prédio, *l. pro regione* 8. *hoc. tit.* Con todo, arrancado despues el mismo árbol empieza á hacerse comun *pro indiviso*, como que se confunden recíprocamente las partes que antes se distinguian por los lugares. Lo mismo sucede con la piedra nacida en los límites de dos campos, y despues sacada de allí, *l. arbor* 19. *comm. div. l. pen. pro soc.*; y muy bien advierte Cuyacio *hic in d. l. pro regione* 8. *hoc tit.* que debe leerse *et sunt pro diviso communia prædia*, no segun se lee en el código Pisano *pro indiviso*. Y ciertamente los confines no puede decirse que existan sino entre dos fundos vecinos que están separados por sus límites.

« En España aunque la ley 43. *tit.* 28. *P.* « 3. habla tan solo de aquel que plantó con « mala fé un árbol en terreno ageno, con to- « do, Greg. Lopez en la *glos.* 2. de dicha « ley advierte muy bien que tambien aquel « que lo hizo con buena fé pierde el dominio « del árbol desde el momento en que este « echó raices en el fundo ageno. »

TEXTO.

De satione.

32. Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus, ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

TRADUCCION.

De la siembra.

Por la misma razon que las plantas que se unen á la tierra ceden en favor del suelo, por la misma tambien los granos que se siembran se entiende que ceden en favor del suelo. Con todo, así como aquel que edificó en suelo ageno, si el señor de este le reclama el edificio puede defenderse, segun lo que dijimos, por la excepcion de dolo malo; así tambien podrá escudarse con la misma excepcion aquel que con buena fé y á su costa sembró un fundo ageno.

NOTAS.

32. *Bona fide consevit*). Deben añadirse estas palabras á Cayo *d. l. 9. pr.*; pues que esta excepcion tan solo compete al poseedor de buena fé; *d. l. 11.*

COMENTARIO.

La tercera especie de accesion muy semejante á la anterior es la de los granos que se han sembrado en ageno fundo; pues nadie dudó nunca que si yo sembrara semilla tuya en mi fundo las mieses serán mias; y por el contrario si sembrase mis semillas en tu fundo serán tuyas; pues no se tiene en consideracion la semilla que se echa en la tierra, sino el suelo en el que se echa, y el cuerpo de donde nacen las mieses, *l. qui scit* 25. *in princ. y* §. 1. *de usur*. Las mismas acciones, empero, que se conceden al dueño de la planta que se puso en terreno de otro se conceden tambien al dueño de la semilla; por lo que, si uno sembró con buena fé su fundo con semilla de otro, no podrá el dueño de la semilla conseguir su estimacion por medio de otra accion que la *in factum*; pero contra aquel que sembró con mala fé hay tambien la accion de hurto y la condicion furtiva, la vindicacion de la cosa y la accion *ad exhibendum*, como contra aquel que dejó de poseer por dolo malo. Si, empero, uno sembró á su costa un fundo de otro, y lo hizo con buena fé, si se encuentra en posesion podrá por medio de la retencion conseguir las impensas hechas oponiendo la excepcion de dolo malo si la cosa fuere vindicada, *l. 9. h. tit.*; pero si hubiere perdido la posesion no tiene accion ninguna para conseguir las impensas; y si hubiere obrado de mala fé, ni aun teniendo la posesion, ó sea por medio de la retencion, puede conseguir nada, *l. si quis* 11. *C. de rei vind. l. qui alienum* 14. *de donat.*

TEXTO.

De scriptura.

33. Litteræ quoque licèt aureæ sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea quæ inædificantur, aut inseruntur. Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.

TRADUCCION.

De la escritura.

Tambien las letras aunque sean de oro ceden al papel y al pergamino, del mismo modo que suele ceder en favor del terreno lo que en él se edifica ó siembra. Por lo que, si Ticio escribe una poesía, una historia ó discurso en un papel ó en un pergamino, no será Ticio el dueño de este cuerpo, sino tú; pero si pidieres de Ticio tu libro o tu pergamino, y no estuvieres dispuesto á satisfacerle las impensas de la escritura podrá Ticio defenderse por medio de la excepcion de dolo malo; con tal que haya adquirido con buena fé la posesion de aquellos papeles ó pergaminos (a).

COMENTARIO.

Esta es la cuarta especie de esta clase de accesion. Dice que las letras, aunque sean de oro ceden al papel ó pergamino, del mismo modo que cede al suelo lo que en él se edifica ú siembra, de suerte que sea dueño del todo aquel que lo fué del papel ó pergamino, por la misma razon que las anteriores, á causa de que se consideran como puestas en suelo ageno, y es necesario que cedan en favor de aquella cosa sin la cual no pueden existir, cuya razon de Paulo es comun á todas las accesiones de este género, *l. in rem* 23. §. *de rei vind.*; cuyo jurisconsulto afirma tambien en otra parte que lo que se ha escrito en mi papel es mio, *l. 3. §. pen. ad exhib.* Así pues, aunque las letras sean de oro, como se dice aquí y en la *l. 9. §. 1. eod.*, y por lo tanto de mucho mas valor que el papel; con todo, es preciso que cedan en favor de este por la accesion; del mismo modo que la púrpura, aunque mucho mas preciosa que el vestido, cede en favor de este, y la superficie que en muchos casos tiene mas valor que el suelo cede tambien á este. Hotomano argumenta en este lugar contra este modo de adquirir; pues dice ser absur-

(a) L. 36. tit. 28. P. 3.

de la comparacion del papel con el suelo y del edificio con la escritura, pues que no del mismo modo que la área forma parte de las casas la forma tambien el papel de la poesía ó historia en él escrita. El papel debe considerarse como una de aquellas cosas que se consumen con el uso, pues que despues de haberse escrito en él en cierto modo perece y se consume; por lo que, debe bastar el que se vuelva al dueño otro igual ó se le satisfaga su estimacion. Y ciertamente es muy inicuo y obsurdo que aquel que tal vez escribió sus cuentas ó meditaciones en papel ageno, las que muchas veces le interesa que no las sepa otro, pierda el escrito, y pueda el dueño del papel vindicarlo. ¿Y qué diremos si se hubiere consignado en él un inventario ú otro instrumento en que se constituyere la fortuna de alguno? Pero no es cierto lo que dice Hotomano que el papel con la accesion de las letras perezca ó se consuma, y todos sus argumentos no prueban otra cosa mas que si en el caso propuesto sucediere lo que él supone no deberia regularmente observarse lo en este caso dispuesto por el derecho, ¿y quién negaria esto? Hoy dia se considera mudado todo este derecho, de modo que ya no cede la escritura en favor del papel, sino al revés, atrayendo la escritura á sí al papel por su mayor valor, como lo atestiguan Mynsingero y Grocio, *lib.* 2. *manuduct. c.* 8. Diod. Tuld. *hic. c.* 58.

Poterit se Titius defendere per except.). El que escribe pierde el escrito, á no ser que posea el papel; pues no puede vindicarlo á causa de que vindicaria un todo que no es suyo, ni obrar *ad exhibendum* para que se separe el escrito, por cuanto esto no puede hacerse. Tampoco tiene la accion *in factum*, mas de lo que la tienen los otros que colocaron alguna cosa en terreno ageno que cede en favor de este; y por lo mismo, pierde por su mismo hecho el escrito, entregando el papel á su dueño quien lo recibe como una cosa suya; del mismo modo que el dueño del suelo recibe de este lo edificado y sembrado, *l. si in area* 35. *de cond. ind. l.* 44. *C. de rei vind.* Solo el que posee con buena fé tiene la excepcion de dolo malo pudiendo por medio de la retencion conseguir las impensas de lo escrito, *d. l.* 9. §. 1. *h. tit.*; y esto solo en el caso en que la escritura sea útil al dueño del papel, de modo que por medio de ella se haga mas rico, *arg. l. in fundo* 38. *de rei vind.* Con todo, no del mismo modo que aquel que es dueño del suelo puede unir á él materiales ó plantas agenas, puede el dueño del papel poner en el suyo un escrito ageno; por lo que, no todo lo que hemos dicho de las especies anteriores puede aplicarse á esta.

TEXTO.

De pictura.

34. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere, aliis videtur, picturam (qualiscumque sit) tabulæ cedere: sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si à domino tabulæ imaginem possidente is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si bonæ fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quòd sive is qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.

TRADUCCION.

De la pintura.

Si uno pinta en un lienzo ageno, piensan algunos que el lienzo cede en favor de la pintura, y otros que esta, sea cual fuere, cede en favor del lienzo; pero á nosotros nos parece mejor que este ceda á la pintura; pues es ridículo que una pintura de Apeles ó Parrasio ceda por accesion á un lienzo de muy poco valor. Por lo que, si aquel que pintó una imágen la pide del dueño del lienzo que lo posee y no satisface el precio de este, podrá ser repelido por la excepcion de dolo malo; pero si la poseyere aquel que la pintó es consiguiente que se conceda al dueño del lienzo una accion útil contra el mismo; en cuyo caso, sino pagare las impensas de la pintura podrá ser repelido por la excepcion de dolo malo, con tal que aquel que hizo la pintura fuere poseedor de buena fé; pues es claro que si aquel que pintó ú otro, hurtó el lienzo compete al dueño de este la accion de hurto (a).

NOTAS.

54. *Nobis videtur melius*). Sigue aquí la opinion de Cayo en la ley 9. *l.* 2. *h. t.* á causa del aprecio de la pintura; esto es, á causa de la dignidad y excelencia del arte; por lo que, la pintura de los objetos es de mas valor que la de las letras.

Qui pinxit eam petat). A saber, por medio de una vindicacion directa que compete al pintor como á dueño, *d.* §. 2. *l.* 9.

Utilis actio). La cual se concede tambien en ciertos casos al que no es dueño, *l.* 5. §. 5. *D. de rei vind.*

COMENTARIO.

1. *Porqué en la pintura no se ha seguido el comun modo de adquirir?*

(a) L. 37. tit. 28. P. 3.

¿Qué sucederá en el caso en que no fuere un Apéles, sino un pintor de inferior nota el que pintó en ageno lienzo?

3. *Qué accion se concede al dueño del lienzo contra el pintor?*
4. *Qué sucede si el pintor prefiere conservar la imágen ofreciendo el precio del lienzo?*
5. *En concurrencia de entrambos contra un tercer poseedor, cuál de ellos debe ser preferido?*
6. *Aquel que á sabiendas pintó un lienzo ageno es de la misma condicion que el que á sabiendas edificó en suelo de otro.*

La quinta y última especie de este género de accesion es la pintura; la cual por la misma razon cede en favor del lienzo en que se ha hecho; pues el valor de la pintura nada muda acerca del derecho de accesion: de otra modo deberia decirse que ni los edificios deben ceder en favor de la área, ni la púrpura al vestido, ni las letras de oro al papel; pues es natural que lo accesorio ceda á lo principal, este es, á aquella cosa sin la cual no puede existir, por mas que fuere de mayor valor, segun disputa Paulo contra algunos de los antiguos, que en cuanto á la pintura pensaban de diferente manera, *l. in rem* 23. §. 3. *de rei vind.* Con todo, Justiniano aqui, prescindiendo de la razon de Paulo abraza la opinion de aquellos antiguos entre los cuales se cuenta Cayo, *l.* 9. §. 2. *h. tit.* y quiere expresamente, lo que ellos opinaban, que en el caso propuesto lo principal ceda á lo accesorio: el lienzo á la pintura.

1. Si se pide la razon de esto, dice Paulo en *d. lug.* que los que creian que en la pintura debian apartarse del comun modo de adquirir opinaban así, á causa del precio de la pintura; aunque esta razon no le pareció á él de tanto peso que por ella debiera establecerse un derecho diverso. Y ciertamente no lo es si tan solo se toma del precio de la cosa pintada; pero pienso que los antiguos tuvieron principalmente en consideracion el precio del mismo arte, cuya dignidad, excelencia y nobleza es tanta, que lo que de ella se deriva merece tener alguna prerrogativa en la materia de que tratamos. Ni se opone á esto la significacion de la palabra *pintura*, puesto que por ella no solo se denota la cosa ó lienzo pintado, sino tambien el arte mismo de pintar; como por ejemplo, cuando decimos luchar en pintura, enseñar ó ejercer la pintura, Plin. *lib.* 35. *c.* 9. *Abrese*, dice, *un certámen de pintura en Corinto y en Delfos*; y en el *c.* 10. *del mismo libro*: *por autoridad de este Pamfilo Macedonio se dispuso en Sicyon que los muchachos ingénuos aprendieran la pintura en boj.* Cuán apreciado y honrado fué este arte puede conocerse por que se consideraba en el primer grado de las liberales, siendo licito únicamente á los ingénuos y honestos el ejercerle, estando prohibido perpétuamente que se enseñára á los esclavos, segun Plin. *d. lug.*

Aliis videtur, picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere). Esto es, que creian que la pintura por grande que fuese su valor y nobleza cedia en favor del lienzo en que se habia pintado, aunque de mucho menor valor. Entre estos se cuenta tambien nuestro Paulo, *d. l. in rem* 23. §. 4. *de rei vind.* cuya opinion tal vez se introdujo en el contexto con otros lugares, de los que no pueden cómodamente separarse. Los que niegan que Paulo disintió de los otros jurisconsultos es preciso qué sean muy buenos conciliadores de las opiniones contrarias.

2. *Picturam Apellis vel Parrhasii*). ¿Qué sucederá, pues, si no fué un Apéles, un Parrasio, un Zeuxis ó un Fidias el que pintó en un lienzo ageno, sino otro pintor de muy inferior nota? ¿Dirémos por ventura que en este caso la imagen que este pintó cede en favor del lienzo, porque Justiniano solo hace mencion de los pintores sobresalientes? Yo no creo que tal fuese la mente del emperador; pues que Cayo, cuya opinion sigue y aprueba aquí, dice simplemente qué los lienzos ceden en favor de la pintura, *d. l.* 9. §. 2 *h. tit.* Y ciertamente no es bastante conforme á la razon el mudar enteramente como se ha hecho aquí el derecho por la excelencia de algun artífice; por lo que, pienso que Justiniano hizo mencion de estos insignes pintores, tan solo por via de ejemplo, pero que en general atiende, no á lo superioridad del artífice, sino á la excelencia del arte, como los demás. Así tambien piensa Tuld. *hic. c.* 38. y Fabrot. *ad Theoph.* Acerca de Apéles, Parrasio y otros pintores sobresalientes de los antiguos véase á Plinio en *d. lug.* Vinn. Meril. *Obs. lib.* 8. *cap.* 28. parece haber dado con la verdadera razon de esto, al decir que por medio de la pintura se hace cierta especificacion, cuya razon veo que tambien sigue el ilustre varon Schultingio en Cayo *Inst.* 2. 1. 4. *p.* 82. Hein.

Is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulæ). Segun la sentencia de Justiniano y Cayo compete la vindicacion directa á aquel que pintó contra el señor del lienzo; por lo que, debiendo tambien mirar por este, para que en virtud de un hecho ageno no pierda su cosa y la estimacion de está, se dispuso que el pintor no pudiera obrar *in rem* eficazmente, sino satisfaciendo el precio del lienzo; de otro modo puede oponérsele la excepcion de dolo malo, *d. l.* 9. §. 2.

Consequens est ut utilis actio domino tabulæ). Pero á qué es consiguiente? pues nada se ha dicho hasta aquí de donde esto se siga; por el contrario de lo que se ha dicho, que el lienzo cede en favor de la pintura, y que aquel que pintó se hace dueño del lienzo, puede deducirse que se niega absolutamente toda vindicacion al primitivo dueño del lienzo. Con todo, pienso que Justiniano quiere dar á entender que concediéndose á todos los que pierden por esta causa su cosa sin intervenir hecho suyo, una accion por la que consigan, sino su cosa á lo menos su estimacion, es muy justo que se conceda tambien una accion igual al dueño del lienzo, que lo perdió de un modo semejante. Y estando destinadas para este objeto varias acciones, segun la naturaleza de las cosas unidas; por ejemplo, la accion *ad exhibendum* si pueden separarse, *l.* 6. *ad exhib.* y si no puede esto tener lugar la accion *in factum*, *d. l. in rem* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.*; y en algunos casos tambien por equidad y contra la severidad del derecho se concede la útil en la cosa, como en el caso de la *l.* 5. §. *de arbore* 3. *eod. tit.*, que es muy semejante al nuestro; ha querido acomodar tambien esta razon de equidad al dueño del lienzo. Y tal vez esto con mayor facilidad; por cuanto el lienzo permanece siendo el mismo é íntegro, y bajo este aspecto en cierto modo queda del mismo; pues que tambien los materiales que se han unido á un edificio, por una razon semejante se dice permanecen del mismo; y no dudo que despues de borrada la pintura volverá el lienzo al estado primitivo, y podrá muy bien ser vindicado por el dueño, *arg. l. si habitator* 56. *de rei vind. l.* 2. *C. eod.* contra lo que piensa Canciuncula.

4. *Nec solvat impensam picturæ*). Qué sucederá, pues, si el pintor prefiere conservar la imágen ofreciendo el precio del lienzo? cuál de los dos deberá ser oido? Sin duda ninguna que el pintor, pues aquel que por la autoridad del derecho ha sido hecho dueño verdadero, tiene tambien la accion directa real contra el dueño del lienzo que es poseedor, por medio de cuya accion obra eficazmente; aunque el poseedor prefiera retenerlo, estando dispuesto á satisfacer las impensas de la pintura, como piensan muy bien comunmente los intérpretes insiguiendo la glosa, de cuya opinion soy tambien al decir que en el concurso de entrambos contra un tercer poseedor debe preferirse el pintor al dueño del lienzo; aunque Donelo *lib.* 4. *comm. c.* 36. argumenta en contra; y no quiere que sea ninguno de ellos preferido al otro, sino que es mejor la condicion del ocupante; equivocándose al pensar que la accion útil real en el caso propuesto tiene la misma eficacia que la directa, contra la mente del emperador y del jurisconsulto; quienes es manifiesto que así como quieren que el lienzo ceda en favor de la pintura, así tambien quisieron que el pintor fuese preferido al dueño del lienzo, y la accion directa á la útil. La cuestion de Fabro sobre cuando se prefiere la accion útil á la directa no pertenece aquí, sino que tiene lugar en las acciones personales, ó cuando uno tiene del señor un derecho próximo al dominio, como el enfitéutico ó el superficiario.

Utique si bonæ fidei possessor fuerit, etc.). Por ventura en esta parte del derecho no se ha concedido accion ninguna á aquel que pintó con mala fé? Ciertamente se le deniega abiertamente en este párrafo la accion de dolo malo, aun en el caso en que posea, y aunque el dueño del lienzo se lo reclame sin ofrecerle el precio de la pintura. Con todo, omitiendo la excepcion de dolo malo, ¿podrá á lo menos, segun veo que opinan Wesembecio y Bacovio, alegar el dominio del lienzo y de este modo salir vencedor, ofreciendo su estimacion, por cuanto la mala fé no impide que de este modo se adquiera por la accesion el dominio? §. *si tamen* 26. *sup. eod.* A mí me parece que manifiestamente Justiniano deniega la excepcion á aquel que á sabiendas pintó en ageno lienzo por la misma razon que la denegó anteriormente á aquel que á sabiendas edificó en suelo de otro; á saber, porque aquí se entiende que el pintor ha perdido voluntariamente su trabajo y su cosa, del mismo modo que el edificante su trabajo y los materiales; y si en caso que posea no le concedemos excepcion ninguna, mucho menos deberá concedérsele una accion real contra el dueño del lienzo en caso que hubiese perdido la posesion, aunque ofreciese el precio.

TEXTO.

De fructibus bona fide perceptis.

35. Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æquè bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura: et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est, itaque cum fundo etiam fructus, licèt consumpti sint, cogitur restituere.

TRADUCCION.

De los frutos percibidos con buena fé.

Si uno con buena fé comprare ó recibiere por donacion ú otra causa justa un fundo del que no es su dueño, al que, empero, creyó tal, es conforme á la razon natural que sean suyos los frutos que percibió por el cultivo y cuidado, por lo que, si despues compareciese el dueño, y vindicare su fundo no podrá reclamar los frutos que hubiere aquel consumido. No se ha esto, empero, concedido á aquel que á sabiendas poseyó un fundo ageno, quien estará obligado á restituir en union con el fundo todos los frutos, aun los consumidos.

NOTAS.

35. *Vel ex donatione*). Malamente, pues, distingue Pacio entre el poseedor que lo es por causa onerosa, y el que lo es por causa lucrativa.

Alia justa causa). Es decir, una causa idónea para transferir el dominio, como la venta, permuta, donacion, etc.

Placuit fructus). No solo los industriales sino tambien los naturales, ἀσπάρτους καὶ ἀνηρότους, esto es, los no sembrados ni cultivados, *l.* 48. *D. h. t. l.* 78. *D. de rei vind. l.* 45. *quib. mod. us. am.*; pues el poseedor de buena fé percibe los frutos por derecho del suelo, y en virtud del mismo derecho que está concedido á los dueños de los prédios, y á aquel que tiene un campo vectigal, *l.* 25. §. 1. *D. de usur.* Obsta la *l.* 45. *D. d. t.* á la que debe responderse que ha de entenderse de aquellos poseedores que no tienen justo título.

Fructibus consumptis). §. 2. *inf. de off. jud. l.* 4. §. 2. *D. fin. reg.* Por el contrario, pues, están obligados á restituir todos los existentes; lo que se dice tambien en la *l.* 22. *C. de rei vind.*

Qui alienum fundum sciens). El poseedor de mala fé está obligado á restituir con la misma cosa tambien los frutos, aun los consumidos, *d. l.* 22.; y está tenido por los existentes con la reivindicacion, y por los consumidos con la condicion, *l.* 3. *C. de cond. ex leg.*

COMENTARIO.

1. *Qué cosa se entiende por fruto y de cuántas maneras es?*
2. *Qué cosas deben atenderse en la persona del adquirente?*
3. *Cuándo se entienden percibidos los frutos?*
4. *La principal causa y la mas adecuada de esta adquisicion es la buena fé del poseedor.*
5. *Deniégase al poseedor la adquisicion de los frutos desde el tiempo que supo que la cosa era agena.*
6. *No hay diferencia ninguna en el caso propuesto entre que uno posea por título oneroso ó lucrativo.*
7. *Manifiéstase con muchas razones y ejemplos que la cualidad de los frutos no induce ninguna variacion en esta adquisicion.*
8. *Concíliase á Pomponio con otros.*
9. *El poseedor de buena fé lucra todos los frutos consumidos y restituye los no consumidos.*
10. *Si el poseedor de buena fé está tenido por los frutos consumidos en cuanto se ha hecho mas rico por ellos.*
11. *Qué es lo que en la práctica se observa en esta materia?*
12. *El poseedor de mala fé no hace suyos frutos ningunos por medio de la percepcion, ni por medio de la consuncion los lucra.*

Las arriba distinguimos para mayor claridad los modos de adquirir por derecho de gentes diciendo que unas cosas las adquirimos en virtud de este derecho por un hecho nuestro y por la ocupacion, y otras por solo beneficio y potestad de nuestras cosas; en la explicacion de lo cual nos vimos forzados á seguir el órden de los compositores. Casi ya todos estos modos han sido separadamente explicados; á saber, aquellos por los que adquirimos sin intervenir hecho nuestro y por solo beneficio de nuestras cosas, y tambien todos aquellos por los que adquirimos por medio de un hecho nuestro, excepto tan solo unos pocos, á saber, la invencion, el hallazgo del tesoro y la aprehension de aquellas cosas que, ó son entregadas por los dueños, ó se consideran por perdidas; de los cuales se trata mas abajo A ninguno de estos modos puede referirse la adquisicion de los frutos percibidos de una cosa agena poseida con buena fé; pues no se hacen del poseedor de buena fe por potestad y beneficio de su cosa, de la que no nacen, ni por solo un hecho suyo; por ejemplo, el cultivo, el cuidado y la percepcion; pues si asi fuese por una razon análoga deberian hacerse tambien del poseedor de mala fé; y los percibidos por otro, ó en un campo por otro sembrado no se harian del poseedor de buena fé, aunque para este sea la percepcion un requisito indispensable. Tampoco parece poder sostenerse este modo de adquirir por ninguna otra razon; pues contándose entre las cosas que adquirimos por solo beneficio de las nuestras por derecho de gentes, los frutos que nacen de las mismas, *l. qui scit* 25. *in pr. et* §. *de usur. l.* 1 *y l.* 6. *h. tit. l.* 11. *C. de rei vind.* §. *item ea* 19. *sup. eod.* parece ser tambien conforme á la razon del mismo derecho que permanezcan siendo nuestros dichos frutos, aun cuando estén separados de la cosa de la que nacieron. Pues si

los frutos pendientes forman una parte del fundo, y son del dueño de este, *l. fructus pendentes* 44. *de rei vind.*, es necesario que aun despues de separados continúen siendo del mismo; pues esto es lo que se significa cuando se dice ser mio lo que queda de mi cosa, *l. solum* 49. §. 1. *d. tit.*, y asi es en efecto. Con todo, esta adquisicion es una excepcion de esta regla habiéndose querido atender mas bien aquí á la misma cosa que se adquiere y á las personas de los adquirentes, que no al modo y forma comun de la adquisicion. Tres son, pues, las causas que dan márgen á esta; á saber, la cosa que se adquiere, la persona del adquirente, y la forma y modo de adquirir.

1. La cosa que se adquiere son los frutos. La palabra *fruto* segun Varron 4. *de ling.* se deriva *á ferendo*, y es todo lo que la cosa produce. VINN. No encuentro esto en Varron quien en el *lib.* 4. *c.* 4. parece derivar las palabras *fruges et fructus á ferendo*, las espigas *á spe*, y la caña del trigo, *culmum á culmine*. Con todo, fruto se llama propiamente aquello que proviene del mismo cuerpo; mas lo que adquirimos por solo ocasion de la cosa no es propiamente fruto, *l.* 121. *ff. de V. S.*; aunque por interpretacion se considera como tal; y así debe entenderse lo que dice en seguida nuestro autor. HEIN. Nuestros autores cuando hablan mas generalmente comprenden bajo la palabra *fruto* todo rédito, toda obvencion y toda utilidad que, ó nace de la cosa, ó se percibe por ocasion de la misma: de ahí se deriva la division de los frutos en civiles y naturales; llamándose civiles los que no nacen del mismo cuerpo de la cosa, sino que extrinsecamente se perciben por ocasion de la misma, de cuya especie son las usuras, las mercedes, pensiones y réditos anuales; por lo que ni propiamente son frutos, *l. usuræ* 121. *de verb. sign. l. si navis* 62. *de rei vind.*, sino que se cuentan entre los mismos porque hacen las veces de tales, *l. videamus* 19. *l. usuræ* 54. *l. prædiorum* 56. *de usur. l. mercedes* 29. *de hær. pet.* y vienen tambien comprendidos en los juicios petitorios, *l. ancillarum* 27. §. 1. *et* 5. *seq. de tit. d. l. si navis* 62. *de rei vind.* Con todo, no se trata aquí de esta especie. Los frutos naturales son aquellos que la misma naturaleza produce de la misma cosa, y pueden considerarse bajo dos aspectos; pues, ó bien provienen de la misma naturaleza que los produce solo automática y espontáneamente, mas bien que de la diligencia de los hombres; como son las frutas, aceitunas, nueces, madera, heno; ó bien con auxilio de la naturaleza interviniendo un hecho ó industria de los hombres, los que no produciéndolos la naturaleza sino con el trabajo é industria de estos el vulgo de los intérpretes los llama industriales; tales son las mieses, legumbres y otras semillas sembradas en los campos, *l. fructus* 45. *de usur.*, de la que se ha tomado esta distincion. Refieren tambien algunos aquí el feto de los ganados, la leche, el pelo, la lana. *l.* 7. §. *non solum* 9. *sol. mat.* Desemb. *hic* Don. 4. *comment.* 25. Ciertamente estas cosas no se producen sin cuidado y gastos del poseedor; pero no por esto deben dejar de considerarse frutos naturales segun dicen Pinell. *in leg.* 2. *C. de res. vend. p.* 2. *c.* 4. *num.* 52. y Tuld. *c.* 45. *post. Curtium* 2. *conjec. ad frat. c.* 44. Yo con Bartolo en la *l. et ex diverso* 33. *de rei vind.* Covar. 1. *resol.* 3. *n.* 6. creo que debe dejarse algo en esto al arbitrio del juez, aunque esto no haga mucho para la cuestion. Sea de ello lo que fuere, de entrambas especies se habla en este párrafo.

2. Dos cosas se exigen en la persona del adquirente; primera, que posea; esto es, que tenga la cosa con ánimo é intencion de dueño, *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.*; y segunda, que la posea con buena fé; esto es, que tenga una causa justa por la cual crea que la cosa le pertenece, *l. qui à quolibet* 27. *de cond. empt. l. bonæ fidei.* 109. *de verb. sign.* El modo de adquirir estos frutos es la percepcion: ni hay diferencia ninguna entre que los perciba el mismo poseedor ú otro en su nombre, y no en el del poseedor, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. usuf. amitt. l. qui scit* 25. §. 1. *de usur.*

3. Se entienden percibidos los frutos desde el momento que están separados de la cosa á que estaban unidos: en el fundo, cuando dejan de estar unidos á la tierra; por ejemplo, las espigas ó el heno despues de cortados; las uvas y las aceitunas despues de cogidas; las nueces y demás frutos tambien despues de cogidos, aunque no hayan sido transportados á la casa, el grano no se haya trillado, ni se haya hecho aun el vino y aceite, *d. l. si fructuarius* 13. *y d. l. qui scit* 25. §. 1. *l. si ejus* 78. *de rei vind.*; en los animales, desde luego que haya sido dado á luz el feto, la leche ordeñada, y trasquilada la lana, *l. in pecudum* 28. *de usur. l. bonæ* 48. *in fin. h. tit.* Con todo, algunas veces bajo la palabra percibir se designa algo mas que aquella simple separacion que dije de los frutos de la cosa, de cuyo modo debe entenderse lo que Paulo dice en *d. l.* 48. que los frutos se hacen del poseedor de buena fé aun antes de haberlos percibido; esto es, antes de haberlos percibido plena y perfecta-

mente, ó sea antes de haberlos recogido ó transportado á su casa; ó trillado el trigo, ó exprimido las uvas y aceitunas, *d. l. si ejus* 78. *de rei vind.*

4. Atribúyese esta adquisicion á la persona; ¿mas en virtud de qué derecho ó de qué razon? Por una razon natural como dice Justiniano aquí; á saber, por el cultivo y cuidado del poseedor que percibe los frutos; pero ni esta es la única razon de esta adquisicion, ni tampoco la principal, como se vé por lo que ya antes hemos dicho; pues si tan solo se atendiese aquí al cultivo ó cuidado solo deberia concederse al poseedor la cantidad de frutos necesaria para igualar los gastos y trabajos empleados en su cultivo y cuidado; y solo en lo que importasen podria deducir ó retener los frutos si no se le restituyesen de otro modo. La razon principal de esto debe buscarse en la persona del poseedor; á saber, en su buena fé, la que hace que el poseedor se considere como á dueño, *d. l. qui scit* 25. §. 1. *de usur. d. l. bo. æ fidei* 48. *h. tit.* De ahí es que no solo los frutos, si que tambien todos los demás derechos que se conceden á los dueños se conceden tambien á los poseedores de buena fé; como por ejemplo, cuando ha perdido la posesion, la accion real Publiciana en las cosas que pueden usucapirse, §. *namque si cui* 4. *inf. de act. tot. tit. de Publ. in rem act.*; y tambien lo que adquieren los siervos agenos y hombres libres poseidos con buena fé, lo que producen por sus trabajos ó por la cosa poseida, §. 4. *vers. idem placet infr. per quas personas cuiq. acq.* En resúmen la buena fé produce los mismos beneficios al poseedor que la realidad de la cosa, mientras que la ley no lo impida, segun dice el jurisconsulto en la ley *bona fides* 136. *de reg. jur.* VINN. Sabida es la disension que en este punto hay entre los jurisconsultos: unos establecen como causa de este modo de adquirir el cultivo y cuidado; otros con nuestro autor la buena fé. De ahí es que aquellos piensan que el poseedor de buena fé adquiere tan solo los frutos industriales, y estos creen que tambien hace suyo los naturales. La cosa, empero, es clara de sí. La causa próxima es el *cultivo y cuidado:* esto es, cualquier cuidado que se haya puesto en la cosa. *Cultivo y cuidado* son aquí sinónimos, como ya antes manifestó el ilustre varon Ger. Noodt. *Prob.* 11. 7. Mas la causa remota es la buena fé: de ahí es que aunque el poseedor de buena y mala fé pongan el mismo cuidado en la cosa; con todo, este no adquiere los frutos porque no tuvo razon ni derecho de cultivar. El citado Noodt, *Comm. ad ff. tit. de rei vind. p.* 167. *Tom. II. Op.* ilustra esto con un lugar sacado de Terencio, *Adelph. act.* 5. *scen.* 3. *vers.* 27. ¿Adquiere, pues, segun esto, el poseedor de buena fé los frutos naturales? no hay duda ninguna; pues no hay nada que sino cultivo, no exija á lo menos algun cuidado. HEIN.

Quem dominum esse crediderit). En esta creencia consiste principalmente la buena fé. No hay diferencia ninguna entre que uno haya pensado que era dueño aquel que no lo era, y entre que sabiendo que en realidad no era dueño haya creido que tenia de este ó de la ley la facultad de enagenar; por ejemplo, si hubiese creido que era procurador ó tutor; *l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign. l. ult. pro empt. l.* 13. §. 1. *et l. seq. de Publ. in rem act. l. qui à quolibet* 27. *de cont. emp.* Y aun en el caso de que crea que es dueño se requiere que á la vez piense tambien que no le está prohibida la enagenacion de sus bienes; pues si por ejemplo, uno comprase de un pupilo al que considera dueño, una cosa sin la autoridad del tutor, no se considera haberla comprado con buena fé, *d. l.* 13. §. 2. *de Publ. d. l. qui à quolibet* 27. *de cont. empt.* Y cuando uno piensa que el vendedor es tutor debe creer que la ley no le prohibe comprar de él alguna cosa, *d. l.* 13. §. 2. *l. lex quæ* 22. *C. de adm. tut.*, y tambien si piensa que es procurador, que esté en la creencia de que es tal que se le ha delegado expresamente la facultad de entregar la cosa, ó bien que se le ha encomendado por el dueño la libre administracion de todos los negocios, *l. jusjurandum* 17. *in fin. de jure jur. l.* 9. §. *nihil autem* 4. *h. tit.*

Aliave justa causa). Pues no transfiriendo el dominio la nuda tradicion por sí sola, no de otro modo puede creer uno que se le transfiere la cosa que en el caso en que precede una justa causa á la que subsigue la tradicion, *l. numquam* 13. *h. tit. d. l.* 13. §. 1. *de Publ. in rem act.* Justa causa se llama un justo título en virtud del cual si se entrega la cosa por el dueño ó por aquel que tiene derecho de transferirla, el dominio pasa desde luego al que la recibe. De esta especie son la compra, la donacion, la dote, la permuta, el legado, la cosa juzgada, la dacion en noxa, la transaccion y la adjudicacion *l.* 1. *et seq. de Publ. in rem act.* Ni basta el pensar que ha intervenido el título si en realidad no intervino; pues así como nuestra falsa creencia no dá derecho para la usucapion, tampoco lo dá para la adquisicion de los frutos; á no ser que esta creencia nuestra proviniese de una ignorancia justa y probable del hecho; véase *inf. de usuc.* §. *error* 6.

5. *Atqui bona fide acceperit*). No basta que el poseedor haya recibido la cosa desde un principio con buena fé si despues supo que era de otro; pues desde el tiempo en que deja de ser poseedor de buena fé se le deniega la adquisicion de los frutos, *l. qui bona* 23. §. 1. *h. tit.*; aunque puede completar la usucapion de la misma cosa, *l. pen. pro empt. l. un. C. de usuc. transf.*; pues en esta únicamente hay una adquisicion, y por lo tanto basta que sea justa al principio de la posesion; mas en la adquisicion de los frutos, como que hay muchas adquisiciones, debe en cada una de ellas haber la buena fé, no bastando que la haya al principio como en la usucapion, sino en cada momento, *d. l. qui bona* 23. §. 1. *l. bonæ fidei* 48. §. 1. *hoc tit.* Con todo, puede parecer que es contrario á esto lo que escribe Juliano, *l. qui scit* 25. §. 2. *de usur.* de que se entiende poseer de buena fé en cuanto á la percepcion de los frutos, aquel que supo posteriormente que la cosa era de otro, mientras esta no fuere vindicada; á no ser que digamos con la glosa y con Bartolo que Juliano no quiso dar á entender otra cosa, sino que semejante poseedor quedaba entre tanto en la posesion de poder percibir los frutos, no pudiendo ser perturbado en ella por otro que se dice ser dueño, durante el pleito y mientras no consta de cierto sobre lo mismo; pero vindicada la cosa y habiéndosele quitado por una sentencia legítima, si se trata de la restitucion y efectos de la adquisicion se considera poseer con mala fé desde el momento que se le ha reclamado la cosa, y desde entonces está tenido por los frutos como cualquier otro poseedor de mala fé; y ciertamente esto es mas probable que lo que en este párrafo dice Copo, *lib.* 2. *de fruct. tit.* 4. *c.* 5. Tuldeno *hic c.* 48. piensa que los jurisconsultos disintieron entre sí acerca de esto. Dice que *haya recibido*; pues que de otro modo no posee, ni puede pensar que la cosa sea suya, aun cuando haya precedido la convencion; puesto que por derecho de gentes el dominio de las cosas no se transfiere por un pacto nudo, sino por la tradicion, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* (a). De paso añado que por una benigna interpretacion del derecho se presume siempre en el poseedor la buena fé, de lo que se deduce que no está el mismo obligado á probarla, sino que el adversario debe manifestar lo contrario, *l. quoties* 18. §. 1. *de probat. l. pen C. de evict.* Wesemb. n. 4. (b).

(a) L. 50. tit. 5. P. 5.
(b) L. 10. tit. 29. P. 3.

6. *Fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura*). Cuando en la persona del poseedor concurren los requisitos que dijimos, se hacen suyos los frutos por sola la percepcion, y por lo tanto por sola la separacion de la cosa á la que estaban unidos. Ni hay diferencia entre que uno posea con título oneroso ó con título lucrativo; pues que Justiniano en esta cuestion equipara expresamente á aquel que recibió la cosa por causa de donacion con el que la compró.

7. Ni muda tampoco nada esta adquisicion la naturaleza de los frutos; pues no solo pertenecen á ella los frutos industriales, sino tambien los naturales por cuanto el emperador aquí y los jurisconsultos en la *l. bonæ fidei* 48. *h. tit. l. si ejus* 78. *de rei vind. l.* 13. *quib. mod. us. am.* hablan general é indistamente. Tambien es general la razon de Cayo en la *l. in pecudum* 28. *de usur.*, cuando dice que el feto de las reses se hace del poseedor de buena fé, porque se considera como fruto. Es verdad que Justiniano dice aquí que los frutos se hacen del poseedor de buena fé *por el cultivo y cuidado*: pero apenas hay cosa ninguna que no exija algun cultivo ó cuidado para producir fruto. Cultívanse los campos, cuídanse los rebaños, pódanse los árboles, se cavan las plantas, y se limpian y desmarojan los olivos, Plin. *lib.* 15. *c.* 1. Pero aunque haya algunos frutos que no exijan cultivo ó cuidado, como son los bosques, los frutos, las nueces y otros frutos silvestres; con todo deberemos decir que tambien se refieren aquí; pues como dijimos no hace mucho, la razon principal y mas adecuada de la adquisicion de los frutos es la buena fé del poseedor, la que hace que este perciba los frutos por derecho del suelo como á dueño; y por consiguiente que percibiéndolos haga suyos tambien aquellos en los que no empleó ningun cultivo ni cuidado, *l. qui scit* 25. §. 1. *de usur.*; solo que como sucede muy rara vez el que se produzcan los frutos sin ningun cultivo ni cuidado se ha dado aquí esta razon por Justiniano. Manifiéstase esto tambien por lo que dice en seguida de los frutos consumidos; á saber, que los poseedores por medio de la percepcion hacen suyos los frutos, y que compareciendo el dueño, y vindicando su cosa no puede reclamar los que hubieren aquellos consumido; es decir, que el poseedor lucra los consumidos, esto es, todos los consumidos, *l.* 4. §. 2. *fin. reg. l. circum* 22. *C. de rei vind.* §. 2. *inf. de off. jud.*; luego tambien los percibidos los hace suyos entre tanto. Tambien puede demostrarse con ejemplos que el poseedor de buena fé adquiere

los frutos, no solo los industriales si que tambien los naturales desde el momento que están separados del suelo ó de la cosa á que estaban unidos. No citaré lo que del feto de los rebaños y de la lana de los mismos dice Cayo en *d. l. in pecudum* 28. *de us.* y Paulo *l. bonæ fidei* 48. §. *ult. h. tit.* de que este fruto se hace luego del poseedor de buena fé; porque veo que hay algunos que creen que en este tratado deben considerarse los fetos de los rebaños como frutos industriales á causa de que, como deciamos hace poco, son producidos por unas cosas en las que el poseedor debe hacer ciertos gastos, aunque Cayo no dá otra razon de la adquisicion de estas cosas que el que se consideran como frutos. Quizá tambien por la misma causa contarán las uvas entre los frutos industriales, y por lo mismo negarán que pertenezca aquí lo que leemos que la uva cogida se hace desde luego del poseedor de buena fé. Pero ciertamente en cuanto á las aceitunas no podran negar de ningun modo que sean frutos naturales, pues que segun Plin. *lib.* 15. *c.* 1. no exigen ningun cultivo ni cuidado, y Virgilio *lib.* 2. *Georg. v.* 420. *seq.* se expresa así acerca de las mismas:

Contra, non ulla est oleis cultura, neque illæ
Procurvam expectant falcem, rustrosque tenaces,
Cum semel hæserunt arvis.

En dos lugares, empero, se manifiesta abiertamente que tambien las aceitunas desde luego de percibidas ó sea despues de poseidas las adquiere el poseedor de buena fé, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. usuf. am. l. si ejus* 78. *de rei vind.* Tampoco creo que nadie niegue que el heno sea un fruto natural; y en *d. l.* 13. *quib. mod. us. am.* se dice que no menos el heno que las espigas desde el momento que está separado de la tierra se hace del poseedor de buena fé. Finalmente remueve toda duda el lugar de Paulo en *d. l. bonæ fidei* 48. *hoc tit. in pr.*, en donde dice: *El comprador de buena fé sin duda alguna por medio de la percepcion hace interinamente suyos los frutos nacidos de una cosa agena, no solo aquellos que fueron producidos por su diligencia y trabajo, sino todos; porque por lo que hace a los frutos se considera casi en lugar de dueño.* La interpretacion de la glosa y la de los doctores que la siguen, entre los que se cuenta Bacovio, no está conforme y es muy violenta; pues quiere que aquellas palabras de Paulo *sino todos* se limiten á los industriales que son producidos por el trabajo de otro que no sea el poseedor de buena fé: ¿pero quién no vé que la palabra *todos* se refiere por Paulo, no á las personas sino á los mismos frutos, y que con ella se denotan los frutos de una especie y cualidad diferentes de los que habia dicho que eran producidos por el trabajo del poseedor? Prueba tambien esto mismo la razon que añade en seguida que por lo que hace á los frutos el poseedor de buena fé está casi en lugar de dueño. Casi lo mismo es lo que Juliano escribe que el poseedor de buena fé percibe los frutos por derecho del suelo, y en virtud del mismo derecho que está concedido á los dueños de los prédios y á aquel que tiene un campo vectigal, *d. l. qui scit* 25. §. 1. *de usur.* Con lo que aparece bastante manifiestamente que la principal causa de esta adquisicion no es el trabajo ó industria del poseedor, y que por lo tanto todos los frutos que nacen del suelo, aun los naturales, le pertenecen.

8. Y ciertamente, si por medio de la percepcion adquiere los frutos sembrados por otro, en los que no empleó ningun cultivo ni cuidado, ¿porqué no adquirirá tambien los naturales, que muchas veces con su cuidado hace, sino que nazcan, al menos que se conserven? Un lugar de Pomponio, *l. fructus* 45. *de usur.* es el que indujo á los intérpretes á distinguir en este modo de aquirir, los frutos naturales de los industriales. Trata Pomponio en *d. l.* del cónyuge poseedor de una cosa donada por el otro cónyuge; y dice que solo hace suyos los frutos percibidos de dichas cosas, en el caso que provinieren de su trabajo, pero que si cogiere una manzana ó cortare un bosque, semejantes frutos no se harán suyos, como tampoco se harán de *cualquier* poseedor de buena fé, puesto que estos frutos no nacen de un hecho suyo. Aquí creen que el jurisconsulto habla bastante claramente para deducir que no considera que pertenezcan los frutos naturales al poseedor de buena fé; lo que sin embargo no es así; pues no dice que aquellos frutos no se hagan de ningun poseedor de buena fé, sino que no se hacen de *cualquiera*, cuya proposicion no es general, sino particular, como lo demuestra la nota de la atribucion particular, que aquí es una negacion universal. Así pues, en esta proposicion, *no todo ó no cualquier poseedor de buena fé hace suyos los frutos naturales*, refiriéndose el consiguiente, no á todo el antecedente, sino tan solo á una parte de él, es manifiesto que Pomponio no considera de la misma condicion en el caso propuesto á todos los poseedores de buena fé; y que tácitamente hace dos especies de estos poseedores; á saber, una de aquellos que adquieren los frutos na-

turales, y otra de los que no los adquieren; y así es en efecto. Pues no todo poseedor de buena fé por medio de la percepcion hace suyos los frutos naturales, sino tan solo, como ya antes se ha dicho, aquel que posee con justo título y tiene una justa causa que le induce á creer que la cosa le pertenece; aquel, empero, que no tiene justo título, aunque errando en el derecho crea que es dueño, no hace suyos los frutos naturales; pues á nadie aprovecha la ignorancia del derecho por lo que hace al lucro, *l. 4. l. 7. et 8. de jur. et fact. ign.*; aunque por otra parte debe considerarse poseedor de buena fé y no de mala cualquiera que no tenga dolo á pesar de que yerre en el derecho, *arg. leg. ubi lex 24. l. si fur. 32. §. 1. de usuc. leg. sed et si 25. §. scire 6. de hær. pet.* Gœdd. *ad. l. bonæ fidei. 109. de verb. sign.* Ni de que uno posea una cosa injustamente ó con título nulo se sigue que posee con mala fé. El poseedor del prédio de un menor enagenado sin decreto del juez posee injustamente; pero á pesar de esto posee con buena fé, si compró la cosa ignorando que era del menor, ó errando en el derecho; y así por su buena fé adquiere los frutos industriales, *l. 2. C. si quis ign. rem min.* Tal es tambien el poseedor del fundo dotal enagenado por el marido, y tambien el de una cosa litigiosa, y aquel que la compró de un falso tutor, *l. 15. §. ult. de pub. in rem act.*; pues cuando la ley lo prohibe la buena fé no aprovecha al poseedor por lo que respecta á su lucro, *d. l. 24. de usucap.* Y lo prohibe siempre que quiere que esté obligado el poseedor en cuanto se ha hecho mas rico como sucede con el poseedor de la herencia, *l. 25. §. consuluit 11. de hær. pet.*, y tambien en el caso de la ley 8. *C. de don. int. vir. et ux.*, y en fin respecto del que posee por una causa que despues deja de serlo, *l. 5. de cond. indeb.* De esta especie, pues, de poseedores de buena fé debe entenderse este lugar de Pomponio; pues que estos solos son los que se asemejan á los de que aquí se trata, y no se consideran de la misma condicion que los demás poseedores de buena fé en cuanto al lucro. Así tambien opinan Wesemb. Pinel. *l. 2. C. de resc. vend. part. 2. c. 4. n. 59.* VINN. De diferente manera interpretan otros este lugar. Yo pienso que todo aquel que se cree dueño, y que para creerlo tiene una justa causa, por ejemplo, un justo título, es poseedor de buena fé. De esta especie de poseedores de buena fé habla el emperador en este párrafo como lo manifiestan las palabras: *si comprare con buena fe un fundo, ó lo recibiere por donacion ú otra justa causa* [illegible] *mente con buena fé*. Semejante poseedor de buena fé hace suyos todos los frutos; pero en la *l. 45. ff. de usur.*, Pomponio habla del marido á quien la muger habia dado un fundo: tenia el marido buena fé en el primer sentido, pues se creia dueño; pero no en el segundo, pues que no habia precedido ninguna justa causa por cuanto las donaciones entre marido y muger están manifiestamente reprobadas por las leyes. ¿Hará, pues, este poseedor suyos todos los frutos? De ningun modo; solo los industriales, no los naturales; pues aquellos puede darlos la muger, por cuanto no la hacen mas pobre porque el marido los adquiere con su trabajo y gastos; mas los naturales no puede darlos. Por consiguiente, interpreto las palabras de Pomponio de esta suerte: *si cogiere un fruto, ó cortare un bosque no se hace suyo como tampoco de cualquiera*, (esto es de alguno) *poseedor de buena fé*, (que posee sin justa causa, y sin ella se cree dueño, como es aquí el marido) *porque los frutos no nacen de un hecho suyo*, (y por lo tanto se hace mas rico con perjuicio de la muger). HEIN.

De fructibus ab eo consumptis agere non potest). Lo mismo se dice en el §. 2. *inf. de off. jud.* y Paulo en la *l. 4. §. 2. fin. reg.* dice que el poseedor de buena fé lucra los frutos consumidos, de lo que se sigue por el contrario que el dueño puede reclamar los no consumidos; esto es, los aun existentes, aunque separados del suelo, los que no los lucra el poseedor de buena fé como expresamente se establece en la *l. certum 22. C. de rei vind.* (a); por cuya causa Africano escribe en la *l. quæsitum 40. hoc. tit.* que el poseedor de buena fé hace suyos los frutos despues de consumidos, y Paulo *l. 4. §. lana 19. de usu. cap.*, despues de consumidos ó usucapidos; pues que estos son los solos que en caso de vindicarse la cosa no se restituyen.

9. Con todo, no debe dudarse de que así como el poseedor de buena fé lucra todos los frutos consumidos, tanto naturales como industriales; así tambien por el contrario está obligado á restituir todos los no consumidos, ya industriales, ya naturales, *arg. hujus §. et dd. loc.*; pues el que el marido no restituya los frutos industriales, aun cuando existan, *l. fructus 45. de usur.* se funda en que el marido los adquiere permitiéndolo el derecho por voluntad de su muger, que se los dió. Luego, se dirá, es falso lo que hasta aquí nos hemos esforzado en probar; esto es, que por solo la percepcion se hacen los frutos del poseedor de buena fé; y en reali-

(a) L. 43. tit. 23. P. 3.

dad seria falso si entrambas cosas se dijeran de lo mismo y por la misma razon; pero debe saberse que hay dos modos de adquirir el dominio; uno perpétuo é irrevocable, independiente de la voluntad ó hecho del dueño; y otro temporal y revocable por una causa que sobrevenga, y que quite el dominio; como es el derecho que el marido tiene en la cosa dotal, el cual lo pierde despues de disuelto el matrimonio; el del heredero fiduciario, el que llegado el dia del fideicomiso pasa al fideicomisario; y tambien el del heredero en la cosa legada bajo condicion, *l. non ideo* 66. *de rei vind. l. generaliter* 29. §. 1. *qui et á quib. man.* Tal, finalmente, es en el caso propuesto el derecho del poseedor de buena fé en los frutos percibidos, y aun no consumidos hasta la vindicacion de la cosa. La causa de esta adquisicion principal es la buena fé, la que hace que el poseedor haga suyos los frutos por derecho del suelo, como á cuasi dueño mientras no conste el verdadero; pero compareciendo este y vindicando su cosa empieza á cesar aquella causa; y con esta el derecho que dijimos, quedando obligado el poseedor por el oficio del juez á restituir todos los frutos que al tiempo de la eviccion existian; pues que la sola razon del cultivo y cuidado, perdido el derecho que tenia en el suelo, no puede hacer que el poseedor retenga los frutos; sino que tan solo podrá servirle para que oponiendo la excepcion de dolo malo deduzca las impensas, y consiga del dueño, ó que se las satisfaga, ó sino quiere hacerlo, que permita compense á prorata los gastos con los frutos, reteniendo una parte de estos á proporcion de aquellos *arg. d. l. si á domino* 56. §. *ult. de hær. pet.* El mismo Paulo dá á entender esto claramente en *d. l. bonæ fidei.* 48. *h. tit.* con aquellas palabras *los hace suyos interinamente*; para que alguno no crea que por solo la percepcion adquiere el poseedor los frutos, de modo que nunca los haya de restituir. Ni por esto debe creerse que en vano está establecido que el poseedor de buena fé adquiera por solo la percepcion interinamente los frutos; pues que la misma buena fé exije esto; y no deja de producir sus efectos; pues concede al poseedor el que si otro percibiere y poseyere los frutos pueda vindicarlos como á suyos, y le dá tambien el derecho de usar de ellos á su voluntad, y de venderlos y consumirlos en utilidad suya, ó por las necesidades de su familia; siendo el efecto de esto el que no esté obligado al dueño que vindica su cosa por los frutos consumidos, cuya estimacion, si así no fuese, estaria obligado á prestar. Con todo, obsta algun tanto en esta materia lo que Cayo responde en la *l. in pecudum* 28. *de usur, de que los frutos se hacen desde luego y en pleno derecho del poseedor de buena fé y del usufructuario*; por cuanto lo que se adquiere desde luego con pleno derecho no puede decirse que solo por la consuncion se adquiera irrevocablemente. ¿Qué es, pues, lo que á esto responderémos? Que aquel que cuando se trata de adquirir dice que el poseedor de buena fé se hace dueño de los frutos despues de percibidos luego con pleno derecho ó *in solidum*, no niega por ello que este derecho sea revocable por cierta causa; ni de ello debió dudar Cayo en la comparacion de los fetos de los rebaños con el parto de la esclava, el que no se considera fruto, y que solo se adquiere por la usucapion. Así tambien el mismo Cayo, *l. generaliter* 29. §. 1. *qui et á quib. man.* escribe que el siervo legado bajo condicion pendiente está en pleno derecho del heredero; á pesar de que es sabido que solo faltando la condicion se hace irrevocablemente del mismo. No es tampoco de mucho momento lo que se dice que el poseedor de buena fé tiene el mismo derecho que está concedido á los dueños de los prédios, y mas aun que el que tiene el usufructuario, *l. qui scit.* 25. §. *de usur.*; pues si esto fuese verdadero *simpliciter*, ni estaria obligado á restituir los frutos naturales existentes, y el jurisconsulto habla expresamente del derecho de adquirir los frutos desde un principio.

10. Acerca los frutos consumidos se pregunta si á lo menos el poseedor de buena fé está obligado á su restitucion en cuanto por ellos se haya hecho mas rico, y lo mas cierto es que no está obligado. Porque en primer lugar todos los textos que hablan de los frutos consumidos niegan en general y sin distincion ninguna que esté obligado por ellos el poseedor de buena fé, y el emperador en la *l. certum* 22. *C. de rei vind.* dice que solo está obligado por los existentes, dando á ententer que no se debe tratar de los consumidos. Además la consuncion produce el mismo efecto para el poseedor de buena fé que la usucapion, *l.* 4. §. *lana* 19. *de usuc.* y de las cosas usucapidas nada se restituye. Finalmente, y esto debe notarse bien, se dice que el poseedor de buena fé lucra los frutos consumidos, *l.* 4. §. 2. *fin. reg.*, lo que seria falso si estuviese obligado á restituirlos en cuanto se haya hecho mas rico; pues nadie se enriquece sin lucro. No obsta el que en el juicio de la peticion de la herencia el poseedor de buena fé esté tenido por todo lo que se ha hecho mas rico, *l. sed*

d. si 25. §. *consuluit.* 11. *l. illud* 40. §. 1. *de hær. pet. l.* 1. *C. eod.*; pues no sucede lo mismo en el caso propuesto en un juicio universal que en los singulares. La peticion de la herencia no solo es real, sino que tambien tiene prestaciones personales, *l.* 7. *C. de pet. hær. l.* 25. §. 18. *eod.*; y así como se trata con mas indulgencia al poseedor en la peticion de la herencia, que en la vindicacion de una cosa singular, (pues el Senado favoreco de tal modo al que posee como á heredero, que si hubiere perdido ó dilapidado algo, mientras cree que abusó de una cosa suya no está tenido por ello) así tambien es justo que á su vez preste el lucro si ha conseguido alguno con la herencia, debiendo bastarle el qué no sienta daño ninguno, *d. l.* 25. §. *consuluit.* Añádase á esto que el poseedor de la herencia no tiene título, y que los frutos por él percibidos entran desde luego en el número de las cosas hereditarias, y aumentan la misma herencia, de modo que ni desde el principio hace nada suyo, ni lo lucra despues de consumido; de donde se sigue que con el mismo derecho con que se piden los mismos cuerpos hereditarios se piden tambien los frutos, y vienen comprendidos en la restitucion de la herencia, *l. item veniunt* 20. §. 3. *l. post senatusconsult.* 28. *l. illud.* 40. §. 1. *de hær. pet. l.* 1. *et l.* 2. *C. eod.* En los juicios particulares, empero, no suele ponerse la cosa en lugar del precio ó al contrario, *l.* 7. *in fin. qui pot. in pign.* No es muy desemejante lo que se observa en la condicion de lo pagado indebidamente, en la cual vienen comprendidos los frutos por derecho de obligacion, y esto en cuanto aquel que recibe la cosa se ha enriquecido con ellos, *l. indebiti* 15. *l. si non sortem* 26. *l. libertus* 12. *l. in. summa* 65. §. *pen. l. pen. de cond. indeb.* Así tambien piensa Antonio Fabro. 4. *conj.* 17. Diod. Tuld. *hic c.* 44 *et seq.*

11. Por lo que hace á la práctica, segun Pinelo *l.* 2. *C. resc. vend. p.* 2. *c.* 4. *n.* 60. se observa en los juicios que el poseedor de buena fé en general es absuelto por lo que respecta á los frutos percibimos antes de la demanda; y por lo que hace á los consumidos nunca se indaga si se ha enriquecido ó no con ellos. Tampoco se indaga acerca de los que se han percibido antes de entablar el juicio, si el poseedor de buena fé los ha consumido, ó si están aun existentes; observándose tan solo lo prescrito en la *l. certum* 22. *C. de rei vind.* por lo que respecta á los frutos percibidos despues de la litis contestacion, lo que se hace para evitar los rodeos de los pleitos segun Tulden. *in annot. ad prax. rer. civ.* Lo mismo parece que opina Grot. 2. *manuduct.* 6. cuando dice que en la percepcion de los frutos se asemeja el poseedor de buena fé al usufructuario: véase á Grœnew. *de ll. abrog. ad l.* 22. *C. de rei vind.*

12. *Ei verò qui alienum fundum sciens*). No cualquier poseedor, sino tan solo el de buena fé adquiere los frutos por derecho del suelo; pues el poseedor de mala fé como que no tiene ningun derecho en él, tampoco hace interinamente suyos por medio de la percepcion frutos ningunos, ni los lucra por medio de la consuncion, sino que está obligado á restituirlos con la misma cosa, aunque los haya consumido, como se vé aquí y en dicha *l.* 22. *C. de rei vind.* Ni por medio de la retencion oponiendo la excepcion de dolo malo podrá deducir los gastos que hubiere hecho en caso que la cosa fuere vindicada como lo prueba lo que dijimos *sup. ad.* §. *ex diverso* 30. *et seq. eod.* Exceptúanse con todo las impensas hechas por razon de los mismos frutos, *l.* 36. *in fin. et l. seq. de hær. petit.* (a). Ni hay diferencia ninguna entre que uno haya empezado á poseer desde un principio con mala fé, ó que la tuviere despues; puesto que desde el momento que supo que la cosa era agena deja de hacer suyos los frutos, *l. qui bona* 23. §. 1. *bonæ fidei* 48. §. 1. *h. tit.* Aquí deben referirse todos los poseedores despues que contestaron la demanda, §. 2. *inf. de off. jud. d. l. certum* 22. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de fruct. et lit. exp. l.* 4. §. 2. *fin. reg.* porque despues de entablado el pleito todos los poseedores se consideran iguales por lo que hace á los frutos, y se reputan como á cuasi ladrones, *l. sed et si* 25. §. *si ante* 7. *de hær. pet. l. nemo* 10. *C. de long. temp. præsc.* Por lo que, si el poseedor de buena fé hubiere percibido los frutos antes de entablarse el juicio, pero no los hubiese consumido hasta despues de la contestacion de la demanda, estará á pesar de ello obligado á su restitucion; puesto que debe restituirse todo lo que el demandante habria conseguido si la restitucion se hubiese verificado al tiempo de la contestacion, *l. præterea* 20. *de rei vind. l.* 2. *de usur. l. ædiles* 25. §. *antepen. de ædil. edict.* En resúmen, los poseedores de mala fé (y se consideran tales todos despues de la contestacion de la demanda) deben restituir todos los frutos en union con la misma cosa, *d. l. certum* 22. *C. de rei vind.*, y están obligados á ello, por lo que hace á los existentes con la reivindicacion, y por lo que hace á los

(a) L. 42 tit. 28 P. 3.

consumidos con la condicion, á prestar la estimacion que hace las veces de la cosa, *l.* 5. *C. de cond. ex leg. l.* 4. §. 2. *fin. reg. l.* 4. *C. de crim. expil. hær.* Están, empero, obligados, no solo á restituir los percibidos, sino tambien aquellos que dejados de percibir pudieron licitamente percibirse (a): en lo que se atiende, no á la persona del poseedor, sino á la del demandante. Ni debe favorecer á aquel el que posea con título justo; pues este no excusa del dolo y la negligencia del poseedor doloso no debe perjudicar al dueño, de modo que no consiga lo que habria podido conseguir si el mismo hubiese poseido la cosa, *l. fructus* 33. *l. si navis* 62. §. 1. *de rei vind. l.* 5. *C. eod.* §. 2. *inf. de off. jud. l. ait prætor* 10. §. *et fructus* 20. *quæ in fraud. cred. l.* 4. *C. unde vi. l. sed et si* 25. §. 4. *de hær. pet. l.* 1. *C. eod.* Cop. *lib.* 2. *de fructib. tit.* 4. *c.* 2.

« Por derecho de Partidas los frutos naturales no se hacen del poseedor de buena fé, « *l.* 39. *tit.* 28. *P.* 3. Sobre aquel, empero, « que con buena fé posee una herencia que « no le pertenece se establece en general en « la *l.* 4. *tit.* 14. *P.* 6. que no está tenido á « restituir los frutos consumidos, sin hacerse « distincion entre si con ellos se ha hecho ó « nó mas rico. No obstante, Greg. Lopez en « la *glos.* 2. de dicha ley hace la misma dis- « tincion que en el *N.*° 10. de este comen- « tario vimos que se observaba por derecho « romano por la ley 25. §. 11. *de hær. pet.*»

TEXTO.

A fructuario et colono perceptis.

36. Is vero, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licèt maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad hæredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur. Eadem fere et de colono dicuntur.

TRADUCCION.

De los frutos percibidos por el usufructuario y el colono.

Aquel á quien pertenece el usufructo de un fundo solo se hace dueño de los frutos si él mismo los percibiere; por lo que, si muriere estando ya sazonados los frutos, pero antes de haberlos percibido no pertenecerán estos á su heredero, sino que los adquirirá el dueño de la propiedad. Lo mismo ordinariamente se dice del colono.

NOTAS.

36. *Si ipse perceperit*). O bien otro en su nombre, *l.* 13. *quib. mod. us. am. l.* 25. §. 1. *de usur.* Por lo que, si espontáneamente cayeren ú otro los cogiere en nombre propio no se hacen del usufructuario antes de haber adquirido su posesion, *l.* 12. §. *ult. de usur.*

Ad hæredes ejus non pertinent). Es una consecuencia esto de lo que antes se ha dicho y está expresamente dispuesto por la *l.* 13. *quib. mod. us. am. l.* 8. *de ann. legat.*; por lo que, se equivoca Cuyacio al conceder al heredero los frutos á prorata del tiempo que duró el usufructo.

Eadem fere de colono). Dice aquí ordinariamente, no παρέλκεται, (por superabundancia) como piensa Teófilo, pues el heredero del colono sucede en la conduccion, §. *ult. inf. de locat. l.* 10. *C. eod.* Asemējanse, con todo, en que el colono no hace suyos los frutos de otro modo que percibiéndolos el mismo, *l.* 60. §. 5. *D. de locat. l.* 61. §. 8. *D. de furt.* No obsta el que tenga la accion de hurto, *l.* 26. §. 1. *d. tit.* pues tambien la tiene el usufructuario, *l.* 12. §. *ult. usufr.*, y todos aquellos á quienes interesa que el hurto no se haya cometido, aun cuando no sean dueños de la cosa, §. 13. *inf. de obl. quæ ex del.*; por lo que, malamente Acursio, Mynsingero y Pacio conceden aquí mas derecho al colono que al usufructuario.

COMENTARIO.

1. *Los frutos que cayeren espontáneamente, ó que otro en nombre propio coje, solo se hacen del usufructuario despues de haber logrado su posesion.*
2. *El derecho de percibir los frutos no pasa al heredero del usufructuario, aunque el usufructo hubiere subsistido durante la mayor parte del año, y el usufructuario hubiere muerto estando ya los frutos sazonados; y porqué razon no se observa lo mismo en la de la cosa dotal?*
3. *Qué se observa acerca de las pensiones si la cosa fructuaria hubiese sido arrendada?*
4. *En qué discrepan y en qué convienen el colono y el usufructuario?*

El tratado de los frutos percibidos por el poseedor de buena fé dió márgen á Justiniano á que de paso dijese algo acerca del derecho que en ellos tienen el usufructuario y el colono. Diferenciánse estos del poseedor de buena fé en que perciben los frutos por voluntad del dueño; el usufructuario en virtud del derecho de una servidumbre á su favor constituida, y el colono por la convencion; por lo que, no restituyen nada de los frutos percibidos. Como, empero, no tienen un derecho en el suelo, ni lo poseen, sino que tan solo lo tienen en nombre de otro, §. *de iis autem* 4. *vers. fructuarius* [illegible]

(a) *l.* 4. *tit.* 4. *P.* 6. vers. *Mas.*

pen. cuique ac. §. *possidere* 5. *infr. de interd.* *l.* 10. *l.* 12. *de acq. poss.* no adquieren los frutos, como los poseedores de buena fé, en virtud de un derecho de cuasi dominio del suelo, sino tan solo por su propio hecho y por la percepcion.

1. *Quàm si ipse eos perceperit*). Los frutos se hacen del usufructuario por solo la percepcion: esto es, desde el momento que son separados del suelo ó de la cosa á que estaban unidos; por ejemplo, la espiga ó el heno despues de segado, la uva despues de cojida, la lana despues de trasquilada, y despues de ordeñada la leche. Con todo, solo sucede esto en el caso en que él mismo ú otro en su nombre los hubiese separado, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. us. am. l. qui scit* 25. §. 1. *de usur.*; pero si hubiesen caido espontáneamente, ú otro los hubiese separado en nombre propio, no se hacen del usufructuario hasta despues de haber adquirido su posesion; por lo que, si un ladron hubiere cogido los frutos ya sazonados está tenido por la condicion al dueño del fundo, no al usufructuario, aunque este tenga la accion de hurto, *l. arborib.* 12. §. *ult. de usufr.*; lo que sucede al contrario en el poseedor de buena fé, segun manifestamos en el §. *prec.* Con todo, respecto al feto de los animales es la misma la condicion del usufructuario que la del poseedor de buena fé, haciéndose de aquel desde el momento en que ha sido dado á luz, *l. in pecudum* 28. *de usur.* pues en vano se esperará que se separe lo que contra la voluntad de la naturaleza no puede separarse, y queriendo la misma se separa por sí solo, sin intervenir hecho ninguno por parte de nadie.

Licèt maturis fructibus, etc.) Tambien es esto consiguiente á lo que antes dijo; pues que si el usufructuario no hace suyos los frutos sino percibiéndolos él mismo ú otro en su nombre no podrá dejar á sus herederos aquello que no percibió, ni el derecho de percibirlos pasa tampoco al heredero, porque con la muerte del usufructuario se extingue del mismo modo que todos los demás derechos personales, §. *pen. inf. usufr. l.* 1. §. *ult. quib. mod. usuf. am. l.* 8. §. 5. *de lib. leg.*, lo que sucede tambien de diverso modo en el poseedor de buena fé, quien transmite el derecho que tiene en el suelo al heredero, *d. l. qui scit* 25. §. 1 *de usur.*; y por el contrario todos los frutos percibidos, aun los no sazonados, se hacen en pleno derecho del usufructuario, y pasan á su heredero, *l. si absente* 48. §. 1. *de usuf. l. pen. de usuf. leg.*

2. Dice, *estando sazonados los frutos, pero antes de percibirse*. Lo mismo se dispone en *d. l. si fructuarius* 13. *quib. mod. us. am. l.* 8. *de ann. leg.* Así que, aunque durante la mayor parte del año haya subsistido el usufructo, y el usufructuario hubiese sembrado el fundo á sus expensas, si muere antes de haber segado, aun cuando las mieses estén sazonadas, su heredero no tendrá derecho ninguno en aquellos frutos que estén unidos á la tierra, *d. l. si fructuarius* 13. sino que tan solo deducirá las impensas hechas por causa de los frutos; puesto que no se llaman tales sino aquellos que quedan despues de deducidas las impensas, *l.* 7. *solut. matr.* Peck, *lib.* 5. *de testam. conjug. c.* 24. *n. ult.* (a). Ni debe parecer inicuo que el dueño del fundo sea llamado á disfrutar del lucro conseguido con el trabajo y costa del usufructuario, pues que este á su vez, aunque el usufructo hubiese tan solo subsistido una pequeña parte del primer año adquiere *in solidum* los frutos percibidos, aun por aquella parte de tiempo en que no habia empezado el usufructo, ó en que ya habia acabado, *l. si pendentes* 27. *de usuf.* No obsta el ejemplo del marido en los frutos de la cosa dotal, los que despues de disuelto el matrimonio se dividen entre el marido ó sus herederos y la muger á prorata del tiempo durante el cual subsistió el matrimonio, ya hayan sido percibidos por el marido, ya no lo hayan dido, *l.* 7. §. 1. *et seq. sol. matr. l. un.* §. *cumque* 9. *C. de rei ux. act.* (b), por cuanto los frutos de la dote no se hacen del marido porque los haya percibido sino á causa de las cargas del matrimonio que es á obligado á sostener, *l.* 7. *in pr. de jure dot. l. pro oneribus* 20. *C. eod.* (c). Y así es que aunque no los haya percibido adquirirá el marido los frutos de la dote por el tiempo que subsistió el matrimonio, puesto que durante él costeaba las cargas del mismo. Por el contrario, empero, por el tiempo restante durante el cual no costeaba las cargas nada deberá llevar aunque haya percibido los frutos, Paul. Bus. *ad. d. l.* 7. §. 1 *et seq. sol. matrim.*

3. Acerca la pension de la cosa fructuaria dada en arriendo se pregunta si en el caso en que el usufructo tan solo hubiere subsistido durante una parte del año debera el usufructuario ó su heredero percibir integra su pension, ó dividirla á prorata del tiempo con el propietario. Debe distinguirse entre si la cosa dada en usufructo es tal que de ella se per-

(a) L. 4. tit. 14. P. 6. vers. *Ca segun.*
(b) L. 26. tit. 11. P. 4.
(c) L. 25. d. tit. vers. *La tercera*

cibea todos los años frutos una sola vez, por ejemplo, un fundo, ó tal que sus frutos solo consisten en el uso de la misma cosa, ó en la comodidad que diariamente se percibe del mismo, tales son las cosas cuyos frutos consisten en la habitacion, y tambien los siervos cuyo fruto es el trabajo. Arrendado un fundo, si el colono ha percibido los frutos se deberá la merced de todo el año al usufructuario ó á su heredero, aunque el usufructo haya finido mucho tiempo antes del en que debia satisfacerse la merced de la locacion, *l. defuncta* 58. *de usufr.* (a). Empero, en las otras cosas arrendadas por el usufructuario, cuyo fruto solo consiste en su uso, si el usufructo se extinguiere durante el arriendo no pertenecerá al usufructuario ó á su heredero mas pension que á prorata del tiempo durante el que subsistió el usufructo, perteneciendo al propietario lo que restare, como se responde acerca de los trabajos alquilados del siervo, *l. si operas* 26. *d. tit.* Mas ¿porqué tanta variedad? No por otra causa sino porque el usufructuario no debe conseguir por medio del conductor ni mas ni menos de lo que él conseguiria si hubiese usado él mismo de la cosa usufructuaria. Así que, así como en el caso de que el usufructuario no hubiese arrendado el fundo, él mismo hubiera percibido los frutos y los hubiera hecho todos suyos, así tambien por los frutos que el colono percibió por su causa integramente, se le debe tambien la pension integra, la que transmitirá del mismo modo á su heredero, aunque muriese antes de concluido el tiempo del arriendo. Por la misma razon, si el usufructuario muriese antes que el colono hubiese percibido los frutos nada se deberá al heredero de aquel por la pension, y si muriere percibida tan solo una parte de los frutos, la solucion de la pension deberá hacerse al heredero del usufructuario á prorata de los frutos percibidos, y al propietario á prorata de los no percibidos. Cuando, empero, la pension se debe por el uso diario de una cosa no puede deberse mas que por el tiempo en que el uso ha tenido lugar, lo que no se entiende haya sucedido sino mientras ha subsistido el usufructo: pues de otro modo el usufructuario conseguiria mas por medio del colono que si él mismo hubiese usado de la cosa, lo que es un absurdo. Elegantemente trata esto Donelo 10. *comm.* 9.; y esta es la comun opinion y la mas recibida por el uso: véase á Juan de Castillo *tr. de usufr.* 77. *et seq.* Diod. Tuld. *tit. de usufr. inf. c.* 7.

4. *Eadem fere et de colono dicuntur.* Dos cosas se han dicho del usufructuario; primera, que no se hace dueño de los frutos sino percibiéndolos él mismo, no otro; y segunda, que muerto el usufructuario, estando pendientes los frutos, aunque ya sazonados, no pertenecen á su heredero sino al dueño de la propiedad. Ahora se añade que lo que se ha dicho del usufructuario debe ordinariamente decirse del colono. Este adverbio *ordinariamente* no se ha puesto por superabundancia como cree Teófilo, sino por precaucion, para que nadie piense que es enteramente igual la condicion de entrambos en el caso propuesto, pues ciertamente es muy diferente la del heredero de la del usufructuario; pues no del mismo modo que con la muerte del usufructuario se extingue el usufructo se acaba tambien la conduccion por la muerte del colono, sino que muerto este dentro el tiempo del arriendo le sucede en el mismo su heredero, §. *ult. inf. de locat.* 10. *C. eod.* (b); y arrendándose el fundo por una merced anual á proporcion de los frutos que acostumbran nacer en él todos los años, se haria una insigne injuria al colono ó á su heredero si el locador percibiese á la vez la pension y los frutos. De ahí es que en los prédios rústicos, sino se ha expresado el tiempo que debe durar el arriendo se entien de hecho por un año segun la *l.* 13. §. *ult. locat.* Si hay aquí, pues, alguna cosa que pueda á la vez decirse del colono y del usufructuario será precisamente que así el uno como el otro no hacen suyos los frutos sino percibiéndolos ellos mismos, pues que si otro los separa de la tierra en nombre propio no los adquiere el colono sino el dueño del fundo, á quien únicamente compete por esta causa la condicion; lo que es cierto y está expresamente dispuesto en la *l. cum plures* 60. §. *messem* 5. *locat.*, y claramente se deduce de la *l. si servus* 61. §. *locavi* 8. *de furt.* No es contrario á esto lo que Paulo responde en la *l. si apes* 26. §. 1. *d. tit. de furt.* que el colono puede entablar la accion de hurto contra aquel que hurta los frutos existentes, pues que tambien puede hacerlo el usufructuario, *l.* 2. §. *ult. de usufr.* por cuanto la accion de hurto compete á todos aquellos á quienes interesa que el hurto no se haya cometido, aunque no sean dueños de la cosa hurtada, §. *furti* 13. *infr. de obl. quæ ex del. l. eum qui* 14. §. *qualis* 14 *de furt.* Ni la razon de Paulo que expresa con estas palabras; *porque luego que hubiese sido cogido hubiera empezado á ser suyo,* dá

(a) Arg. l. 3. tit. 8. P. 5. al fin.

(b) L. 2. tit. 8. P. 5. vers. E aun.

á entender otra cosa sino que la accion de hurto se dá al colono porque le interesa que el fruto no sea cogido por otro, por cuanto hubiera empezado á ser suyo luego que él lo hubiese cogido. Equivócase, pues, Acursio, que en este caso concede mayor derecho al colono que al usufructuario, y cree que los frutos se hacen del colono de cualquier modo que hayan sido separados del suelo, habiendo seguido su error Mynsingero, Schneid. y Pacio en las *not. marg.* pero este último se corrige en *su análisis.* Otra cosa debe decirse del colono parcero que es como á sócio, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *locat.* y que en cuanto á su parte hace las veces de dueño, y esto parece dar á entender Paulo en *d. l.* 26. §. 1. cuando dice *del colono que cultiva por dinero,* pues que el colono parcero no solo tiene la accion de hurto para reclamar del ladron los frutos cogidos ó robados como la tiene el que cultiva por dinero, sino que por lo que hace á su parte tiene la condicion furtiva.

TEXTO.

Quæ sunt in fructu.

37. In pecudum fructu etiam fœtus est, sicuti lac, pilus et lana; itaque agni, hædi, et vituli, et equuli et susculi, statim naturali jure dominii fructuarii sunt. Partus verò ancillæ in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse: quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.

TRADUCCION.

Qué cosas se consideran como frutos.

Considéranse como frutos del ganado los fetos, como tambien la leche, el pelo y la lana: así que, los corderos, cabritos, becerros, potros y lechones se hacen por derecho natural desde luego del usufructuario. Pero el parto de la esclava no se considera como fruto; por lo que, pertenece al dueño de la propiedad; pues parecia absurdo que el hombre se considerase como fruto, siendo así que la naturaleza creó todos los frutos por causa del mismo (a).

NOTAS.

37. *Statim naturali jure*). Cayo dice que desde luego y con pleno derecho se hacen del poseedor de buena fé y del usufructuario: *con pleno derecho*; esto es, con una propiedad entera y sólida.

Partus in fructu non est). *D. l.* 28. §. 1. *d. l.* 68. Pero los trabajos del hombre se consideran como fruto, *l.* 5. *et* 1. *de op. serv.*

(b) L. 23. tit. 31. P. 3. vers. *Otrosi.*

Absurdum videbatur). *D. l.* 28. §. 1. *d. l.* 68. Esta es la opinion de los estóicos á quienes ordinariamente siguen nuestros autores, Lucrecio. Ulpiano dá otra razon, *l.* 27. *D. hær. pet.* diciendo que las esclavas no están destinadas para parir, sino para servir: toca esta cuestion Cic. 1. *de fin. cap.* 6.

COMENTARIO.

1. *Examínase la razon de Cayo porque no debe considerarse como fruto el parto de las esclavas, y se dá otra mas adecuada sacada de Ulpiano.*

En los párrafos precedentes hemos manifestado en virtud de qué razon, y por qué modo adquirian los frutos el poseedor de buena fé y el usufructuario con el ejemplo de los que nacian en los fundos ó campos. Pero como hay tambien frutos de los hombres y de los ganados los que es conforme á la razon natural que por la misma razon los adquieran el poseedor de buena fé y el usufructuario; á fin de que no quedase aquí duda ninguna quiso el emperador manifestar de paso qué cosas deben considerarse como frutos de los hombres y de los ganados, y cuáles no; y dice que deben considerarse frutos de los ganados, no solo la leche, el pelo y la lana, sino tambien el feto; y que por esta razon los corderos, cabritos, becerros, potros y lechones desde el momento de nacidos se hacen por derecho natural del usufructuario, y Cayo añade, del poseedor de buena fé, *l. in pecudum* 28. *de usur.* pues es igual aquí la condicion de entrambos. Qué cosas, empero, deben considerarse como frutos de los hombres no nos lo dice, solo niega deba reputarse tal el parto de la esclava, y por lo tanto dice pertenecer al dueño de la propiedad, insiguiendo á Cayo, *d. l.* 28. §. 1. entrambos quisieron dar á entender que no del mismo modo que el feto es fruto de los ganados, el parto de la esclava debe contarse entre los frutos de los hombres, pues que entre estos solo se cuenta lo que se percibe de los trabajos de los mismos, *l.* 4. *de op. serv.* ó lo que los mismos adquieren por medio de la cosa del usufructuario, ó de aquel que los posee con buena fé, §. 4. *et seq. infr. per quas pers. cuiq. acq.*; y por esto solo adquieren estas cosas como á frutos el usufructuario y el poseedor de buena fé; pero que aquel en ningun caso adquiere el parto, y este solo cuando lo haya usucapido, *d.* §. 4. *et seq. l.* 4. §. *si ante* 18. *de usurp. et usucap.*

Absurdum enim videbatur). Antiguamente se disputó si el parto pertenecia al usufruc-

tuario, de cuya cuestion hace mencion Cic. 4. *de finib. c.* 6. cuando dice que los principales de la ciudad P. Scévola y M. Manilio pensaban que el hombre podia considerarse como á fruto, y que Bruto disintió de esta opinion, habiendo prevalecido la de este último segun Ulpiano en la *l. vetus* 68. *de usufr.*

1. La razon porque no se convino en que el parto se considerase como fruto la dan Cayo en *d. l.* 28. §. 1. *de usur.* y el emperador en este lugar, diciendo que pareció ser una cosa absurda que el hombre se considerase como fruto, siendo así que la naturaleza los crió todos por causa del mismo; cuya razon está sacada de la contraposicion de las ideas; como que dijera que por naturaleza no puede una misma cosa ser fruto y el que disfruta; estas dos cosas son relativas, y una de estas nunca puede ser la otra. Con todo, á decir la verdad, nunca me pareció bastante sólida esta razon; ¿pues qué causa hay para que deba juzgarse mas absurdo que un hombre sea fruto de otro que el que un hombre sirva á su semejante? ¿ó por qué igualaudo los romanos los siervos á las bestias, *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.*, y siendo el feto fruto de estas, debe reputarse absurdo que el parto de las esclavas lo sea tambien? Ni hay contradiccion ninguna en estas dos proposiciones: *los frutos han sido criados por causa del hombre, y este es fruto del hombre;* pues que no se dicen del mismo sugeto sino de diversos: por lo que, es mejor y ciertamente conviene mas á este lugar aquella razon de Ulpiano tomada del fin mismo; á saber, porque las esclavas no se tienen para que paran, sino para que sirvan, *l. ancillarum* 27. *de hær. pet.* Solo, empero, se considera fruto una cosa, y que pertenezca al usufructuario, cuando se percibe por el uso á que la cosa está destinada por la naturaleza ó por la voluntad del padre de familias, *l.* 9. § 5. *et seq. l.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *in pr. l.* 13. §. 4. *et seq. l.* 15. *de usufr.* Por lo que, aunque no importase nada el que el parto debiera ó no considerarse como fruto; y el que pertenezca al propietario ó al usufructuario, con todo, debió tenerse en consideracion la honestidad y decoro, y procurar que la dignidad humana no se envileciese con estupros, *l.* 4. *de æd. act.* Y nadie ciertamente negará que sea una cosa torpe y mala el tener las esclavas con objeto de que paran. Con todo, esta razon solo produce el efecto de que el usufructuario ó poseedor de buena fé no adquieren el parto, pues en las demás partes del derecho tambien este se considera como fruto ó rédito, *l.* 8. *l.* 14. *de usur. l. Falcidiæ* 24. §. 1. *l. quæsitum* 91. §. *ult. de leg.* 1.

TEXTO.

De officio fructuarii.

38. Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet (ut et Juliano visum est) et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Rectè enim colere et quasi bonus paterfamilias uti debet.

TRADUCCION.

Del deber del usufructuario.

Si uno tiene el usufructo de un rebaño debe substituir las reses muertas con otras nacidas del mismo, como le pareció á Juliano, y en lugar de las cepas ó árboles muertos debe substituir otras pues que debe cultivar bien y usar de la cosa como un buen padre de familias (a).

NOTAS.

58. *Ex fœtu submittere*). Esto es, suplir el rebaño con las reses nacidas y substituir la prole, *d. l.* 68. §. *ult.* con las 2. *ll. sig. de usufr.* Las cabezas substituidas se hacen del dueño, y aquellas que se substituyen del usufructuario, *d. l.* 69. *Basil.* 16. *tit.* 1. *in fin.*

COMENTARIO.

1. *Una de las cargas que pesan sobre el usufructuario es custodiar la cosa, y en qué consiste esta custodia?*

1. Mucho se aparta el emperador del objeto propuesto; con todo, debemos seguirle dó quiera que se dirija. Siendo del usufructuario todos los frutos que nacen de la cosa, ó que se perciben por ocasion de la misma es muy justo que á su vez sostenga las cargas de la cosa conforme á la regla del derecho natural, *l.* 10. *reg. jur.* Una, empero, de las cargas que tiene el usufructuario es la custodia de la cosa, *l. usufructuarius* 44 *de usufr.*, y exijiendo esta custodia el que conserve íntegra y en su estado la cosa que recibió, en cuanto pueda esto hacerse con el cuidado y reparaciones debidas, debe poner todo su cuidado y diligencia en conservar la cosa contra todo peligro, y debe poner una diligencia tal cual acostumbra ponerla un padre de familias cuidadoso en sus cosas, *l. sed cum.* 65. *eod. l.* 1. *in. fin. l sequ. usufr. quem. cav.*, debiendo recompo nerla y repararla á su costa si hubiere con-

(a) L. 22. tit. 31. P. 3.

traido algun vicio, ó perdido su primera integridad; por ejemplo, si se ha de reponer algo, renovar los tejados, curar á los animales enfermos, suplir los rebaños con las reses nacidas, y substituir otros árboles en lugar de los muertos; en una palabra cuidar bien y usar de la cosa como un buen padre de familias, *l.* 7. §. 2. *et* 3. *l.* 15. §. 2. *l. agri* 18. *l. sicut* 15. *l. sed cum* 65. *l. vetus* 68. *in fin. et* 2. *ll. seq. de usufr. l.* 7. *C. eod.*

Gregis usufructum). Dice *del rebaño;* pues si no se hubiere legado colectivamente el usufructo de un rebaño, ó de una universalidad, sino tan solo de cada una de las cabezas; por ejemplo, de cien ovejas no está obligado el usufructuario á suplir nada, *l. quid ergo* 70. §. 3. *de usufr.* pues en las cosas que tienen número cierto no hay lugar á aumento, y entonces se considera haber tantos usufructos cuantas son las cabezas; de las cuales muerta una se considera extinguido el usufructo de la misma.

Demortuorum capitum). Dice *muertos,* Ulpiano *d. l. vetus* 68. *in fin. de usufr.*; y esto así porque en el caso de que hubiere perecido alguna res por una fuerza exterior, por ejemplo, por incendio, por la ruina del establo, ó por causa de ladrones no está obligado el usufructuario por estas desgracias á substituir otras en lugar de las perdidas, *arg. l. arbores* 59. *de usufr.*

Ex fœtu submittere). Dice del feto, pues que no se obliga al usufructuario á suplir el rebaño á costa suya, sino de las reses nacidas del mismo, *d. l.* 68. *in fin. de funct.*; por lo que, si no hubiese nacido ninguna del rebaño cuando han muerto las primeras, ó si las ovejas hubieren abortado, ó muerto las recien nacidas antes de poder ponerlas en reemplazo de las otras, nada deberá suplir el usufructuario. Tambien debe substituir con otras recien nacidas aquellas que se han inutilizando por viejas, ó por un vicio corporal, *l. vel inutilium* 69. *eod.*

Submittere debet). El efecto de la substitucion es que las reses substituidas se hacen desde luego del dueño, así como las primeras muertas, inútiles ó viciosas se hacen del usufructuario luego despues de la substitucion; pues que naturalmente dejan de ser del propietario, *d. l. vel. inutilium* 69. *de usufr.*

Vinearum demortuarum vel arborum). Dice tambien aquí *muertas,* como Paulo, *l. agri* 18. *eod.* á causa de que no está tenido á substituir otros árboles en lugar de los arrancados por la furia de la tempestad, *l. arbores* 59. *eod. tit.*; pues aunque el usufructuario sufra todos los detrimentos internos de la cosa, aun los que tienen lugar sin culpa suya; con todo, no está tenido por los que acontecen por una fuerza exterior no procedente de la misma cosa, todo conforme á la regla y al derecho comun sobre los casos fortuitos, *l. contractus* 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitus* 6. *C. de pign. act.* Ulpiano en la *l.* 7. §. *ult. de usufr.* escribe que el usufructuario está obligado á injertar los árboles, lo que llaman los griegos [illegible], esto es, taladrar la madera de un árbol estéril, é introducir en ella una pua de otro fecundo, poniendo una especie del injerto en vez del género. Del mismo modo dijo Papiniano *adserere prolem*, en vez de adoptar; pues por medio del injerto la pua adopta al tronco, Cuyacio 11. *obs.* 36. Vinn. Sutil en esta conjetura de Cuyacio, pero no muy sólida segun mi modo de ver; *adserere prolem* segun Papiniano es adoptar; no porque el adoptante injiera así un hijo en la familia, sino porque por medio del antiguo rito aseguraba (*adserebat*) que era hijo suyo el adoptivo; esto es, lo vindicaba con aquella sabida fórmula: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO. EST ENIM MIHI EMPTUS HOC ÆRE HAC ÆNEAQUE LIBRA. Hein.

Rectè enim colere). No se considera que el usufructuario cumpla con su deber cultivando de cualquier modo el fundo, sino lo cultiva de manera que no se deteriore por causa del usufructo, y sino hace todo lo que haria en una cosa suya, segun se promete en la caucion fructuaria, *l.* 1. §. *cavere* 3. *usufr. qui cav.*

TEXTO.

De inventione thesauri.

39. Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatem sequutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. Aut si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, et dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, et dimidium esse Cæsaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, et dimidium fisci, vel civitatis.

TRADUCCION.

Del hallazgo de un tesoro.

El emperador Adriano, insiguiendo la equidad natural, concedió los tesoros hallados en terreno propio al que los encontrare, y dispuso lo mismo si alguno los encontrase fortuitamente en un lugar sagrado ó religioso. Si uno l[illegible]

hallase en terreno ageno sin buscarlos y fortuitamente concedió la mitad al dueño del suelo y la otra mitad al que los halló; y por la misma razon si alguno los hallase en terreno del César dispuso que la mitad fuese del que los halló y la otra mitad del César. Con lo que tambien es muy conforme que si uno los encontrare en un lugar propio del fisco, ó público, ó de la ciudad deba ser la mitad del mismo y la otra mitad del fisco ó de la ciudad.

NOTAS.

39. *In sácro aut religioso*). Entrambos, empero, privados; pues que tambien habia terreno sagrado de los particulares, *l.* 6. §. 1. *D. ad leg. Jul. pecul.* Otra cosa deberia decirse si dicho lugar sagrado fuese público: así debe entenderse la *l.* 3. §. *pen. D. de jur. fisc.*

Sed fortuito). Por ejemplo, si uno con objeto de cultivar el campo cavare la tierra y encontrare un tesoro sin haber intentado buscarlo; pues esto se ha prohibido con razon que se haga sin permiso del dueño, *leg. un. C. de thesaur. leg.* 63. §. *penult. et ultim. hoc tit.*

COMENTARIO.

1. *Con la palabra tesoro se significa cualquier riqueza oculta, y algunas veces tambien el mismo lugar en que se deposita.*
2. *En la cuestion propuesta qué es lo que nuestros autores entienden por dicha palabra, y á qué clase debe referirse esta adquisicion?*
3. *Por terreno propio se entiende aquí tambien aquel en que otro tiene el usufructo, mas no así aquel en que otro tiene el derecho de enfiteusis ó de feudo.*
4. *Los* Divi Fratres *no alteraron en nada el derecho que el emperador Adriano constituyó acerca del tesoro encontrado en un lugar sagrado ó religioso.*
5. y 9. *Por qué razon las demás cosas de esta especie, aunque buscadas en un terreno ageno se hacen de los ocupantes, y no así el tesoro?*
6. *Por qué razon el tesoro no se hace por entero del que lo encuentra como las demás cosas que no son de nadie?*
7. *Diferencia entre las cosas que son del César, del fisco, públicas y de la ciudad.*
8. *Resúmen del derecho constituido acerca del tesoro.*

Mas arriba dijimos en la explicacion del §. 11. *h. t.* que las partes de este tratado que Justiniano ha esparcido pueden reducirse para mayor claridad de la doctrina á dos principales; á saber, la ocupacion y el beneficio de nuestras cosas; y en el decurso hemos manifestado á cual de ellas pertenecia cada una de las que hemos visto. Nada nos queda ya de lo que se adquiere por beneficio de nuestra cosa. La invencion ó hallazgo del tesoro, y la aprehension de las cosas que se entregan por los dueños, ó se tienen por abandonadas pertenecen á un hecho nuestro ó á la ocupacion; y en la explicacion de las mismas se emplea el resto de este título.

1. *Thesauros*). La palabra *tesoro* significa entre los griegos y latinos lo mismo que entre los persas *Gaza*; á saber, cualquier riqueza que depositamos para el uso futuro; pues tambien el dinero depositado hace poco, y cuyo dueño no se ignora se llama tesoro á cada paso entre nuestros autores, como en la *l. item Labeó* 22. *fam. erc. l. thesaurus* 15. *exhib. l. peregre.* 44. *de acq. poss.*, y de semejante tesoro debe entenderse la *l.* 5. §. *Neratius* 3. *d. tit. de acq. poss.* como muy bien piensa Gotofredo, injustamente reprendido por Bacovio: véase á Duar. *en d.* §. *Neratius* 3. El lugar en que se conservan las riquezas se llama γαζοφυλάκιον, ó tesoro. De ahí es que Cic. 1. *de orat. c.* 5. dice metafóricamente que la memoria es el tesoro de todas las cosas, y este significado corresponde tambien á la naturaleza del nombre; pues aunque Conc. 5. *comm.* 4. y Don. 4. *comm.* 14. creen que se llama tesoro porque está depositado εἰς αὔριον, esto es para el porvenir, de modo que sea θέσις εἰς αὔριον, es decir, un depósito para el porvenir, es mas verosimil, con todo, que esta palabra se derive de las griegas, θήκη y αυρὸς que significan escondrijo, y rico, de modo que tesoro sea un lugar en donde se deposita dinero. Los antiguos griegos daban este nombre tambien al dinero, llamando á aquel que tenia mucho ἄυρος, es decir, rico, segun Hesychio.

2. Con todo, en la cuestion de adquirir el dominio de las cosas cuando se trata de adquirir el tesoro por medio de la ocupacion los jurisconsultos dán este nombre solo á aquel dinero antiguamente depositado, cuyo dueño ó depositario se ignora quien sea, *l. numquam* 31. §. 1. *hoc t. l. un C. de thes. lib.* 10. *l. á tutore* 67. *de rei vind.* Lo que está conforme á la materia de que tratan, puesto que ningun otro tesoro puede adquirirse de este modo, que aquel que no tiene dueño, y no se opone á esto el modo comun y popular de hablar. Así pues, en la cuestion propuesta, el tesoro segun lo define Paulo en *d. l.* 31. es un antiguo depósito de dinero del que no existe memoria y que no tiene dueño. Semejante á esta definicion es la que dá Leon en *d. l. un.* cuando dice que el tesoro es una cosa mueble depositada por un dueño desconocido en tiempo antiguo, y la de Casiodoro *lib.* 6. *var. c.* 8. definiéndolo un dinero depositado que por el largo transcurso del tiempo pierde sus dueños competentes. De ahí tambien se deduce

que el tesoro pertenece á la regla del derecho de gentes sobre las cosas que no tienen dueño; aunque en la ocupacion y adquisicion del tesoro no se observa enteramente lo mismo que en la de las demás cosas que no son de nadie; pues que estas en cualquier lugar que sean ocupadas se hacen enteramente del ocupante, mas el tesoro encontrado fuera de un terreno propio, solo se hace del mismo en la mitad. Tambien las otras cosas que no son de nadie se hacen del que las ocupa, aunque las haya buscado en terreno de otro; mas el tesoro así encontrado no se hace nuestro en ningun modo. La razon de haberse esto dispuesto con tanta variedad se verá luego.

5. *Quos quis in suo loco invenerit*). Ya se haya encontrado buscándolo, ya casualmente. Solo se prohibe que se haga uso de las artes mágicas para encontrar un tesoro en terreno propio, pues conviene prohibirlas en todo, *d. l. un. C. thesau.* Dicenos *en un terreno suyo.* Por terreno propio debemos tambien entender aquel en que otro tiene el usufructo, *arg. pr. infr. de hær. inst.* Por lo que, si el propietario hallare en dicho lugar un tesoro se deberá entender que lo ha encontrado en terreno propio, y por lo tanto lo adquirirá todo, y si lo encontrare otro la mitad será de este y la otra del propietario. Otro tanto debe decirse si lo hallare el usufructuario, pues el tesoro no se reputa fruto, *l. si is qui* 63. §. 3. *h. til.* De donde se sigue tambien que el tesoro encontrado por el marido en el fundo dotal solo se hace suyo en la mitad, debiendo restituir la otra mitad como hallado en terreno ageno, *l.* 7. §. *si fundum* 12. *sol. matr.* Moller. 4. *sem.* 27. Mas el campo vectigal ó enfiteuticario debe considerarse mas bien propio del enfiteuta, y de aquel que tiene el dominio útil que no del que tiene el directo, pues al enfiteuta le pertenecen todas las utilidades de la cosa, y posee esta con un derecho igual al señor, por lo que tiene la accion real aun contra el mismo dueño directo, *leg. sciendum* 15. §. 1. *qui satisd. l.* 1. §. 1. *si ag. vect. l.* 25. §. 1. *in. fin. de usur.* Mucha diferencia, pues, hay entre el enfiteuta y el usufructuario: aquel tiene un derecho en el cuerpo ó sustancia de la cosa, mas este no. De ahí es que el usufructuario en el edicto *Qui satisdare cog.* no se considera como poseedor, y sí el enfiteuta, *d. l.* 15. §. 1. *satisd. cog.*, y que los árboles arrancados por la fuerza de los vientos pertenecen al enfiteuta y no al usufructuario, *l.* 12. *de usuf.* Si se ha legado ó donado algo al siervo en que uno tiene el usufructo no se adquiere esto para el usufructuario, sino para el dueño de la propiedad, §. 4. *infr. per suas personas cuique acq.*, y si á un siervo del enfiteuta para este. Por cuya causa no debe dudarse que si el mismo enfiteuta hubiese encontrado algun tesoro en un prédio que tiene en enfiteusis puede vindicarlo enteramente para sí, y lo mismo sucede con el vasallo que encuentra un tesoro en un fundo feudal, *arg. c. un. de invest. de re al. fac. lib.* 2. *feud.* Myns. Schneid. Wes. Gloss. y los DD. *comm. hic.*

Adrianus naturalem æquitatem secutus). Esto es, habiendo seguido la regla de derecho natural, ó de derecho de gentes, en virtud de la cual las cosas que no son de nadie se hacen del primero que las ocupa, §. *feræ* 12. *sup. eod.*, pues contándose el tesoro en el número de aquellas cosas que no son de nadie, juzgó Adriano ser conforme á equidad que tambien se observase esta regla en su ocupacion; y esto absolutamente si uno lo encontrase por su fortuna en un fundo propio, pues que hallado así parece poder tener otra razon para vindicarlo, considerándose ya como á beneficio y utilidad de una cosa suya, ó creyendo ser verosímil que lo hubiesen depositado allí sus mayores, cuya razon hace tambien que se conceda la mitad del tesoro encontrado en un terreno ageno al dueño de este.

4. *Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso*). Lo que Justiniano dice aquí que Adriano estableció, Acurs. Ang. Porc. Fab. Schneid. *hic.* Duar. *de acq. rer. dom. c.* 4. y Don. 4. *comm.* 14. creen que fué mudado por los Divi Fratres. Calistrato escribe, *l.* 3. §. *pen. de jur. fisci. Los Divi fratres establecieron que si se encontrasen tesoros en lugares del fisco, públicos, religiosos ó monumentos fuese la mitad de ellos para el fisco.* Cuyo parecer confiesa Covarruvias que es verdadero, *c. peccatum de reg. jur. in* 6. *p.* 3. *relict.* §. 2. *n.* 3.; pero dice que la constitucion de dichos emperadores fué derogada otra vez por Justiniano en la parte que habia derogado el edicto del emperador Adriano, pero ninguna de estas dos cosas me parece probable; pues si el edicto de Adriano hubiese sido derogado por el rescripto de Antonino, ciertamente que Justiniano habria hecho mencion, no de lo que aquel, sino de lo que estos dispusieron acerca de los tesoros hallados en un lugar sagrado ó religioso. Refiriendo, empero, simplemente el edicto de Adriano sin decir nada del rescripto de los hermanos emperadores, difícilmente puede decirse que se ha establecido por Justiniano alguna cosa nueva en esta materia. Yo por mi parte, pienso que dicha *l.* 3. *pen.* pue-

de cómodamente conciliarse con éste nuestro párrafo aunque lo niegue Antonio Mateo. Adriano dispuso que el tesoro fuese de aquel que lo hubiese encontrado en terreno propio, y añadió que sucediese lo mismo, aunque se hubiese hallado en terreno sagrado, ó religioso; esto es, que fuese de aquel de quien fuere el fundo en el que están dichos lugares, como si hubiese encontrado el tesoro en un fundo propio. Ciertamente, aunque en realidad los lugares sagrados y religiosos no están en los bienes de nadie, en cierto modo son de aquel en cuyo uso y fundo están, y en cierta manera son de derecho privado, *arg. l.* 5. *et seq. de relig. l. sacrilegi* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec. l. in modicis* 24. *de contr. empt.* Y no puede sin una manifiesta injuria hácia los mismos Dioses privarse del beneficio divino á aquellos que ellos mismos ó sus mayores dedicaron una parte de su fundo á los usos divinos. ¿Qué es, pues, lo que mandaron los príncipes hermanos en *d. l.* 3. §. *pen. de jure fisci*? Dispusieron, dice Calistrato, que los tesoros encontrados en terreno del fisco, público, religioso, ó en algun monumento se vindicasen por mitad para el fisco. El mismo título y el enlace de las ideas manifiestan que el emperador habla de aquellos lugares religiosos semejantes á los públicos, en los que el fisco tiene derecho, ó que en cierto modo son del fisco; por ejemplo, porque por suerte tocaron á este segun la *l.* 6. *eod. tit.*, ó porque están destinados públicamente para enterrar á los ciudadanos, como fueron segun Aggen. Urbico, los túmulos de los pobres en los lugares contiguos á la ciudad. En estos terrenos quieren los emperadores que el fisco tenga el mismo derecho que tiene en las cosas públicas de derecho profano, ó que tienen los particulares en un terreno suyo profano ó religioso. Y ciertamente por la religion ó santidad del lugar ningun derecho nuevo se establece aquí, segun lo prueba el que el emperador Leon en *d. l. un. C. de Thes.* distingue simplemente si uno encuentra el tesoro en terreno propio ó ageno, sin hacer mencion ninguna de si es sagrado ó profano, como que esto nada hace para el caso. Puede esto tambien deducirse aun con mas evidencia de lo que dice Elio Sparciano *in Hadr. c.* 18., quien igualmente sin hacer distincion ninguna refiere que Adriano dispuso acerca del tesoro *que si uno lo encontraba en terreno propio lo hiciese suyo, si en ageno diese la mitad al dueño de este, y si en terreno público lo partiese igualmente con el fisco.* No hay contradiccion ninguna, pues, entre *d. l.* 3. §. *pen.* y este §. nuestro, el que debe entenderse del lugar religioso privado; pues así lo persuade la union y separacion de las mismas cosas que se ven en él; y manifiestamente se equivoca Bacovio al negar que puede admitirse esta interpretacion por hacerse mencion tambien aquí del lugar religioso ó sagrado, por cuanto no puede decirse que haya ningun lugar ó templo sagrado que sea de los particulares. La falsedad, empero, de esto y el que los antiguos tuvieron tambien sus capillas y oratorios propios de los particulares podia habérselo evidenciado Paulo en la *l. sacrilegi* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec.* Así tambien opinan con corta diferencia Conn. 3. *com.* 4. Charond. 1. *verisim.* 21. Vinn. Véase á Jacobo Gotofredo en la *l.* 1. *C. Theod. de Thesaur.* en donde se expone eruditamente toda la historia de la legislacion. Hein.

Fortuito casu). El tesoro que encontré en un terreno mio, ya fortuitamente, ya buscándolo es mio; pero si aquel terreno es sagrado ó religioso no será mio el tesoro, sino en el caso que lo hubiese encontrado por casualidad, y sin haber intentado buscarlo; lo que sin duda se dispuso así para no dar márgen á la violacion de los sepulcros y á la apertura de las urnas de los difuntos, como sucederia si lo buscado y encontrado en estos lugares se lo hiciese suyo y retuviese para sí aquel que lo encontró.

5. *At si quis in alieno*). Las demás cosas que no son de nadie se hacen de los que las ocupan, aunque las hayan buscado en un terreno ageno, segun dijimos de los animales fieros buscados y cogidos en un fundo ageno; pero el tesoro buscado y encontrado en terreno de otro, ni en parte se hace del que lo halla, sino que se manda entregar por entero al dueño, *d. l. un. C. de Thesaur.* La razon de esta diversidad es porque aquel que cogió una fiera en un terreno de otro ó se apodera de una cosa abandonada, en nada perjudica al fundo ni á su dueño; pero el tesoro no puede adquirirse sin hacer excavaciones, y sin manifiesto daño del fundo en cuyas entrañas está depositado el tesoro; por lo que, con razon se ha prohibido y considerado digno de pena mas bien que de premio el hacer excavaciones sin permiso del dueño en terreno ageno, y buscar en él riquezas ocultas, *d. l. un. l.* 2. *C. Theod. de Thes.*

6. *Dimidium domino soli*). El tesoro encontrado en terreno de otro por casualidad, por ejemplo, arando ó trabajando de otro cualquier modo en él, se hace por mitad del que lo encuentra y la otra mitad se da al señor del terreno, *l. si is* 63. §. *pen. et ult. eod tit. d. l. un. C. de Thes.* ¿Por qué, se dirá tal vez, no se dá todo al que lo encuentra, á la

manera que las demás cosas de la misma especie, en cualquier lugar que sean ocupadas, se hacen por entero del ocupante, como sucede con los animales fieros, con las cosas abandonadas y con las piedras preciosas encontradas en las playas? No por otra razon sino porque estas cosas verdaderamente no son de nadie; pero no así el tesoro; pues este nadie lo esconde con la intencion de desprenderse de él, sino con la de ponerlo en un lugar mas seguro; y solo se dice que no es de nadie porque no se sabe de quien es; pues aunque tenga señor por la naturaleza de las cosas; (á saber, el heredero de aquel que lo ocultó, aunque haya sucedido al dueño primitivo por una larguísima sucesion;) para nosotros sin embargo no lo tiene, pues que ignoramos quien sea, y por esta incertidumbre se ha establecido esta division, adjudicando una parte al que lo encuentra, y otra al dueño del terreno. Pues aunque en favor del que lo encuentra puede decirse que debe dársele todo el tesoro como á una cosa que no es de nadie, por cuanto de aquellos que no aparece quienes sean debe considerarse lo mismo que si no existiesen, *l. in leg. 77. de contr. empt.*, con todo, tambien en favor del dueño del terreno puede alegarse una razon igual, y puede decirse contra el que vindica para sí el tesoro, que nada hay mas verosímil que el que traiga su orígen de sus antepasados; pues mas seguro es depositar el tesoro en un terreno propio que no en uno ageno. Agrégase á esto que en cierto modo se considera como un beneficio del fundo en el que por tanto tiempo ha estado depositado, por cuya causa habiendo los emperadores Graciano, Valentiano y Teodosio asignado tan solo la cuarta parte al dueño del terreno, *l. 2. C. Theod. de Thes.* con razon el emperador Leon, derogada la constitucion de aquellos, puso otra vez en vigor la igualdad de la particion, y la regla de las antiguas constituciones. VINN. Parece que la razon de esta division debe sacarse de la disputa que habia entre los antiguos, sobre si se adquiria el tesoro por derecho de accesion ó por el de invencion ú ocupacion: del primer modo pensaron aquellos á quienes sigue aquí el emperador; del segundo Paulo, *l. 31. §. 1. ff. de acq. rer. dom.* Los que admitian aquel principio vindicaban todo el tesoro para el dueño del fundo; los que este para el inventor. Adriano reunió entrambos pareceres y adjudicó la mitad al dueño por derecho de accesion, y la otra mitad al inventor por derecho de ocupacion de la cosa considerada por perdida. HEIN.

7. *In Cæsaris loco*). Distingue el emperador los terrenos del César de los del fisco y hasta de los públicos, y estos de los propios de la ciudad. Llamamos cosas del César los bienes patrimoniales del príncipe, del fisco, los bienes de los proscritos, los vectigales, los confiscados y los caducos, los que aunque son como propios y particulares del príncipe, *l. 2. §. 4. ne quid in loc. publ.* con todo son tales en consideracion á su imperio. Llama lugares públicos á aquellos que están en el uso público del pueblo romano; por ejemplo, las áreas, islas, campos, carreteras y caminos públicos, *d. l. 2. §. 3.* Llama lugares de la ciudad á aquellos que sirven para los usos de los ciudadanos en los municipios y cada una de las ciudades, *§. universitatis 6. sup. eod.* los cuales separa de los públicos en el mismo sentido que Ulpiano distingue los bienes propios de la ciudad de aquellos que lo son del pueblo romano, *l. 15. de verb. sign.* Sparciano *in Hadr. c. 18.* comprende todos estos terrenos bajo la palabra de *públicos.* Sea esto dicho de paso por ahora; pues mas adelante indagaremos mas detenidamente la diferencia que hay entre las cosas del César, del fisco y las públicas; *§. ult. inf. de usuc.*

Dimidium fisci vel civitatis). Ya se haya encontrado el tesoro en un lugar ageno propio de algun particular, ya en el que es propio del César ó público del fisco, ó de la ciudad, el inventor solo adquiere la mitad, y la otra mitad pertenece á aquel que es dueño del terreno, ó que tiene en él el derecho ó imperio. Y lo que dijimos del terreno propio de un particular, de que no se hacia del inventor la parte del tesoro en él hallado sino en el caso que fortuitamente y trabajando en él lo hubiese encontrado; pues de otro modo debe restituirlo todo á aquel que es el dueño del terreno; debe observarse tambien en los lugares públicos, de modo que en estos el tesoro buscado y encontrado de este modo pertenece por entero al príncipe, ó á la ciudad. Pues no debe creerse que sea mas lícito excavar é investigar los terrenos públicos que los de los particulares: véase la constitucion de Federico *lib. 2. Feud. t. 56. quæ sint regal. in fin.*; y si el inventor ocultare alguna parte del tesoro perteneciente al fisco está obligado á restituirlo todo con la pena del otro tanto; pero á nadie se obliga á denunciarlo sino se debe dar una parte al fisco, *l. 3. §. ult. de jur. fisc.*

8. En pocas palabras, todo lo dispuesto acerca de los tesoros en el edicto del emperador Adriano se reduce á que si uno encontrare un tesoro en terreno propio, ó buscándolo, ó por casualidad, lo hace todo suyo;

si lo encontrare en terreno ageno casualmente debe dar la mitad al dueño, y retener la otra mitad para sí, y si lo encontrase en un lugar público igualmente sin buscarlo, debe del mismo modo partirlo con el príncipe, ó con la ciudad. Si, empero, uno buscando en terreno ageno, privado ó público encontrare un tesoro deberá volverlo por entero al dueño del lugar, ó á aquel á quien pertenezca el cuidado ó imperio del mismo. Este derecho se varió con el transcurso del tiempo segun consta por el título del *Cod. Theod. de Thesau.* Restablecido por Leon Nepote *l. un C. Justin. cod.*, y derogado otra vez fué puesto de nuevo en vigor por Leon el Filósofo, *Nov. Leon.* 51. sin que Federico mudase nada *tit. quæ sint reg.*

« La legislacion acerca de este particular « ha sufrido tambien varias vicisitudes en« tre nosotros. Por derecho de Partidas, *l.* « 45. *tit.* 28 *P.* 3. se sigue exactamente el « derecho romano. Por derecho de recopi« lacion *l.* 3. *tit.* 22. *lib.* 10. *Nov. Rec.* todos « los tesoros que se hallaren, en cualquier « parte que esto sea, son del rey, adjudicán« dose la cuarta parte de los mismos al de« nunciador. Mas por el art. 1.° de la ley de « 16 *de mayo de* 1835 sobre mostrencos, se « restablece el antiguo derecho de dicha *l.* « 45. Respecto de las minas, de cualquier « especie que sean, se sigue la legislacion vi« gente y especial de dicho ramo. »

TEXTO.

De traditione. 1. Regula, ejusque ratio.

40. Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi; et ideo cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia; quæ in Provinciis sunt; inter quæ, nec non et Italica prædia ex nostra constitutione nulla est differentia: sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.

TRADUCCION.

De la tradicion. 1. Regla acerca de la misma y razon en qué se funda.

Adquirimos por derecho natural las cosas por medio de la tradicion; pues nada hay tan conforme con la natural equidad como el tener por válida la voluntad del dueño que quiere transferir á otro su cosa; por lo que, toda cosa corporal de cualquier especie que sea puede entregarse, y entregada por el dueño se enagena. Así que, por este medio se enagenan tambien los prédios estipendiarios y tributarios. Llámanse prédios tributarios y estipendiarios, los que hay en las provincias, entre los que y los prédios Itálicos no hay diferencia ninguna segun nuestra constitucion, sino que se transfieren sin duda ninguna si se entregan por causa de donacion, de dote ó otra cualquiera (a).

NOTAS.

40. *Per traditionem*). Está copiado de Cayo, *l.* 9. §. 3. *h. t.* Por solo el convenio no se transfiere el dominio; por ejemplo, si conviniéremos entre nosotros dos que mi cosa sea tuya, aunque sea esto por una justa causa, por ejemplo, por habértela vendido, *l.* 20. *C. de pact.*

Nostra constitutione). *D. l. un. C. de usucap. transf.* en cuya ley se quita la antigua diferencia que habia entre las cosas y los dominios. Aunque, empero, los provinciales no eran dueños con pleno derecho tenian sin embargo un derecho próximo al dominio, y podian enagenar sus prédios, dejarlos á sus herederos, é imponer en ellos servidumbres, *l.* 3. *C. de servit.*

Ex causa). La nuda tradicion jamás transfiere el dominio, sino solo en el caso en que haya precedido un título translativo de dominio, *l.* 31. *h. tit.*, á lo menos en la intencion del que entregó, por ejemplo, la venta ú otra justa causa.

COMENTARIO.

1. *Por derecho de gentes no se transfiere el dominio de las cosas sin la tradicion y en qué razon se funda esto?*
2. *Si para la traslacion del dominio se requiere la entrega de la libre posesion?*
3. *Explícase la respuesta de Trifonino en el* tit. de fund. dot.
4. *Por medio de la tradicion no se transfiere el dominio á no ser que hubiere precedido una justa causa, á lo menos en la intencion del que entrega, por la cual se siga la tradicion.*
5. *Si cuando hay discordancia en las causas de entregar y de recibir tiene tambien lugar la traslacion de dominio?*
6. *De la antigua diferencia de los dominios.*
7. *Qué derecho tenian antiguamente los poseedores de prédios provinciales?*
8. *Estipendio y tributo son palabras sinónimas.*
9. *De entre los provinciales quiénes eran llamados vectigales, quiénes estipendiarios ó tributarios?*

Esta especie de adquisicion debe tambien referirse á la ocupacion en general; pues cuando decimos que adquirimos una cosa por medio de la tradicion no entendemos tan solo el hecho del que entrega, sino por el efecto

(a) L. 46. tit. 28. P. 3

mas bien, la aceptacion y aprehension de la cosa entregada, pues sin esta no se perfecciona la tradicion; esto es, no se transfiere ó adquiere el dominio, *l. in omnibus* 55. *et obl. et act.* Diferénciase este modo de adquirir de los anteriores de la misma especie en que la adquisicion de aquellas cosas que no son de nadie no exige mas que la aprehension de las mismas, pues que se ocupan sin perjuicio de tercero, y las que se ocupan á los enemigos pasan á nuestro poder por derecho de guerra, aun contra la voluntad de sus dueños; pero en el caso propuesto no basta haber ocupado la cosa en ánimo de adquirir su dominio si no ha sido entregada con este fin por voluntad de su dueño; pues esto lo exige absolutamente aquí la razon del derecho de gentes, *d. l. in omnibus* 55. *l.* 2. *de his qui sui vel al. jur. l. id quod nostrum* 11. *de reg. jur.* Y como nadie tiene la intencion de transferir á otro su cosa sin causa ninguna, de ahí es que así como en las demás adquisiciones de derecho de gentes el modo de adquirir se confunde con la causa ó título, (por ejemplo la ocupacion de los animales fieros es á la vez el modo de aquirir y el título) en esta especie se distinguen entrambas cosas siempre. El modo de adquirir es la tradicion ó mas bien la aceptacion y aprehension de la cosa entregada: el título es, por ejemplo, la compra, la permuta, la donacion y las demás causas por las que entregada la cosa por el dueño pasa su dominio al aceptante, ó á lo menos el derecho de usucapir, sino fuese el dueño el que entregó la cosa, *l. numquam* 31. *hoc tit. l.* 2. *et seq. de publ. in rem act.*

1. *Per traditionem.* La tradicion es, ó verdadera que se llama dacion natural, *l. non statim* 8. *de pecul.*; y en las cosas muebles es la traslacion de una persona á otra, y en las inmuebles la introduccion en la posesion; ó fingida que se hace por comodidad, ó *brevi manu*, ó por un acto del cuerpo, ó por una señal ó símbolo que representa la tradicion verdadera. El dominio pasa al aceptante no menos por la tradicion fingida simbólica que por la verdadera y natural, §. *interdum* 45 *et seq. infr. eod.* Mas sin tradicion ninguna por el nudo y solo pacto no se transfiere el dominio, aun cuando así se estipule en el negocio; por ejemplo, convenimos nosotros dos que mi cosa sea tuya: aunque esto esté fundado en una justa causa supóngase, porque yo te la vendí, no será tuya antes de que yo te la haya entregado: véase la *l. traditionibus* 20. *C. de pact. l. si ager* 50. *de rei vind. l. quoties l. pen. C. eod. l.* 6. *C. de hær. vel act. ved.* Mas por qué para transferir el dominio no ha de bastar la nuda voluntad de los contrayentes? No por otra razon sino porque por derecho de gentes nadie puede adquirir por un hecho suyo una cosa, sea esta de un tercero ó no sea de nadie, antes de haberla sujetado á su poder, lo que solo se consigue cuando se ha ocupado la misma ú obtenido su posesion, *arg. l.* 1. *de acq. poss.* La posesion, empero, de una cosa agena no puede obtenerse de otro modo, ni por ella sujetarse la cosa á nuestro poder, que siendo entregada por el dueño en potestad del cual está y permanece mientras tanto. Disiente sin embargo de esto Grocio 2. *de jur. bell. c.* 6. *y* 8. argumentando que por la razon del derecho natural ó de gentes no se requiere para la traslacion del dominio mas que la sola voluntad del dueño que transfiere su cosa á otro; pero que por derecho civil se ha dispuesto para mayor seguridad de los dominios, y para impedir las enagenaciones precipitadas que no pierda el primitivo dueño el dominio hasta que haya entregado al otro la cosa para que la tenga y posea, lo que habiendo sido recibido por muchas naciones ha sido llamado impropiamente derecho de gentes.

2. Pero establecido lo que dijimos, y que ciertamente fué la opinion de todos los antiguos; á saber, que por derecho natural ó de gentes el dominio no se adquiere por la nuda convencion, sino por la tradicion, se pregunta por los intérpretes si en el caso propuesto para la traslacion del dominio basta haber entregado la cosa de cualquier modo, con tal que haya sido entregada libre de todo detentador que impida su ocupacion, ó si para ella es necesario entregar la posesion libre y plena de la cosa: en pocas palabras, si una cosa poseida por otro puede entregarse á alguno de modo que se le transfiera el dominio. Supóngase este caso: te vendí un fundo que otro poseia con buena fé, y mientras tal vez el poseedor está ausente muy lejos, te lo entregué con objeto de transferirte el dominio, y tú entraste en él con intencion de ocupar lo que se te entregó y hacerte su dueño. Pregúntase si porque no se ha entregado la libre posesion, y ni aun la posesion misma, á pesar de esto adquirirá el comprador el fundo por derecho de gentes? Así lo pensé en otro tiempo con los doctores Longobardos. Juan Azon. Accurs. Odofred. Bart. Bald. á quienes sigue Don. 4. *Comment.* 19. creen que se adquiere en este caso el fundo y que la posesion agena del ausente no impide al dueño el que pueda transferir su cosa á aquel á quien la dá para que la ocupe sin impedimento ninguno. Con todo, paréceme ahora

mas cierta la opinion contraria, y cabalmente por la misma razon que ellos emplean para probar la necesidad de la tradicion; pues dicen que esta es necesaria para la adquisicion y tradicion del dominio porque la razon del derecho de gentes exige que lo que se adquiere por un hecho nuestro esté primero sujeto á nuestra potestad; pero no puede decirse que lo estén aquellas cosas cuya plena posesion no hemos adquirido de modo que no pueda arrebatársenos, *l. non videtur* 22. *de acq. poss. l.* 4. §. *tunc in potestatem* 12. *de usu. l.* 15. §. 2. *de verb. sign.* Ni puede transferirse la justa posesion de una cosa que otro posee ó retiene su posesion con el ánimo, *l.* 3. §. *ex contrario* 5. *et.* §. 7. *l.* 6. §. *ult. de acq. poss.* Otros argumentos hay en favor de esto y no pocos; pues siendo uno é igual el género, y uno mismo el acto de la tradicion por el que se transfiere el dominio y se dá derecho á la usucapion, *l.* 11. §. 1. *de act. empt. l. fundum* 46. §. 1. *de evict.* §. *pen. infr. per quas pers.* no es mas conforme que entregada la cosa por el dueño se transfiera el dominio sin la traslacion de la posesion, que el que cuando es entregada por el que no es dueño se transfiera el derecho de usucapirla. Agréguese á esto que si podemos adquirir el dominio directamente sin la posesion podremos tambien adquirirlo por medio de procurador; ¿pues qué diferencia hay entre que se me entregue una cosa á mi, ó por mi voluntad á otro que la recibe en mi nombre? Ciertamente que ninguna, *l. restituta* 37. *ad sen. Trebel.* Es cierto, empero, que por medio de procurador no podemos adquirir el dominio sino como una consecuencia de la posesion que el mismo nos ha alcanzado, *l. traditio* 20. *ult. hoc. t. d.* §. *pen. inf. per quas person. l.* 1. *et l.* 8. *C. de acq. poss.*, y la misma tradicion, no por sí misma sino por causa de la posesion, parece exijirse; pues que en el caso en que la posesion pueda obtenerse sin la tradicion, esta no se requiere. *l.* 9. §. *interdum* 5. *inf. eod.* A esto se añade la manifiesta autoridad de los antiguos para quienes entregar, cuando se trata de transferir el dominio, no es otra cosa que dar la potestad de tener y poseer la cosa; y la tradicion no es mas que la dacion y traslacion de la posesion, *l.* 5. §. 1. *de act. empt.* De ahí es que entregada la cosa se pierde la posesion, *l. si ager.* 50. *de rei vind.* y retenida esta no se entiende que se haya entregado nada, *l. servi* 16. *de pec. et comm. rei vind.* Aquí pertenece finalmente el texto de la *l. cum res* 12. *C. de probat. l. qui prædium* 15. *C. de distr. pign.* y principalmente la *l.* 8. *C. de act. empt. l. hæc si* 47. *de rei vind.* en cuyo lugar expresamente dice Paulo que no de otro modo adquirimos el dominio de una cosa ausente, que obteniendo su posesion con la voluntad del dueño. Mas, se dirá, la posesion nada tiene de comun con el dominio, *l.* 12. §. 1. *de acq. poss.*; pero qué se sigue de ahí? pues tampoco lo tiene la causa, ni la nuda aprehension ó detencion, y sin embargo la exigen en el caso propuesto los mismos que objetan esto. Diferente es tambien la causa de la posesion de la usucapion, *l.* 2. §. 1. *pro empt.* Sin embargo, ninguno deducirá de esto que la usucapion tenga lugar sin la posesion. Ni hace nada para el caso el que pueda retenerse el dominio sin la posesion, pues que no se adquiere tan fácilmente una cosa como se retiene una vez adquirida. La posesion no se adquiere sino con el ánimo y un hecho corporal; pero para retenerla basta el ánimo, *l.* 3. §. 1. *et.* §. *saltus.* 12. *l.* 6. *in fin. de acq. poss.* Los animales fieros no se hacen nuestros sino cogiéndolos, y sin embargo una vez cogidos los conservamos en nuestro dominio, aun cuando huyeren, si los perseguimos con esperanza de recobrarlos, §. *feræ* 12. *eod.*

3. El lugar que principalmente aducen los que opinan que puede el dominio adquirirse sin la posesion es la *l. si fundum* 16. *de fund. dot.* Dicen que en esta ley se propone por Trifonino el caso de una muger que dió en dote á su marido un fundo que Ticio poseia, y estaba próximo á usucapir, para el efecto de que se hiciese el fundo dotal y que desde aquel tiempo empezase á estar comprendido en la prohibicion de la ley Julia, y adquiriese el marido la vindicacion; todo lo que prueba que dicho marido adquiria el dominio de este fundo segun la *l. in rem* 23. *de rei vind. l. dot.* 13. §. 2. *de fund. dot.*, sin embargo de que no pudo adquirir la posesion, pues que otro poseia el fundo. De esto finalmente piensan deducir que el dominio de este fundo se transfiere al marido por la simple tradicion y el material contacto de los cuerpos; pero nada de lo que ellos deducen se sigue necesariamente de esta ley. Pues se dice dado en dote, no solo aquello que se ha entregado desde luego, sino lo que se promete dar, *l. si rem* 44. *et l. seq. de jur. dot.*, ¿y por qué razon se dirá que se constituye dotal con menos fundamento aquel prédio que una muger promete en el instrumento dotal que dará en dote, que el con que se dice constituirse por medio de los pactos y estipulaciones el usufructo y demás derechos de los prédios? §. 1. *infr. de usufr.* §. *ult. infr. de servit. præd.* Tambien el derecho de vindicar puede com-

peter al marido antes de transferirsele el dominio de la cosa dada en dote por medio de la cesion de la accion, *arg. l. ult. C. hær. vind.*, la que es creible que en el caso propuesto por Trifonino intervino sin accion contra la misma cosa dada, puesto que no pudo la muger entregar en dote una cosa que otro poseía ó tenia. La ley Julia prohibe enagenar ó usucapir los fundos dotales, pero esta prohibicion pertenece principalmente al fundo ya entregado, y que el marido ya ha adquirido, pues este es el propiamente dotal, *d. l. dotale* 13. §. 2. *de fur. dot.*; y se hace dotal, no por cualquier tradicion; sino por la que transfiere la posesion *l.* 5. *in fin. sol. matr.* Con todo, segun dá entender Trifonino pertenece aquella ley al fundo aun no entregado, y tan solo destinado en dote ó prometido en el instrumento dotal, trasfiriéndose la accion para vindicar el dominio; por lo qué, creo que aquel que tiene la accion para vindicar la cosa se diferencia muy poco del que tiene la misma cosa, *l. qui actionem de reg. jur.* Favorece esta interpretacion el mismo lugar, en el que no haciéndose mencion ninguna de la tradicion, cuando se dice que el marido debe pedir de Ticio el fundo, se prueba por esto mismo que este Ticio tuvo y permaneció en posesion sin haberse entregado nada corporalmente al marido. Basta, con todo, que el que entrega la cosa la posea verdaderamente, aunque otro esté en posesion de ella, esto es la detente; pues la detentacion no impide el que por la simple tradicion se transfiera la posesion, y por medio de esta el dominio, segun lo demuestra la *l.* 14. *et tot. tit. quæ in fraud. cred.* Ni obsta lo que se dice en la *l.* 2. §. 1. *de act. empt.* de que no se entiende entregada la libre posesion al comprador si los acreedores poseen los bienes; pues esto hace referencia á la obligacion del vendedor, por la que este no solo debe prestar la cosa libre de todo verdadero poseedor, sino tambien de cualquier otro que tenga algun derecho ó la detente, como lo tienen los acreedores, quienes siendo moroso el deudor pueden pedir y conseguir la cosa conforme al decreto. Es preciso, con todo, recordar que disputamos aquí del modo de adquirir el dominio de las cosas por derecho de gentes; pues que por derecho civil en muchos casos se adquiere sin la posesion; por ejemplo, en la adicion de la herencia, en la agnicion de la posesion de bienes, del legado, del fideicomiso. Por causa de utilidad en ciertos casos se ha establecido un derecho singular, en virtud del cual aquel que no adquiere ó no puede adquirir la posesion adquiere el dominio por la simple aprehension, perdiendo la posesion aquel que la entregó: véase la *l. acquiruntur* 10. §. 1. *l. liber* 19. *l. peregre* 44. §. 1. *de acq. poss. l.* 13. *de donat. l. homo* 53. *h. t. l. etiam invitis* 52. *cond.* Cont. *lib.* 1. *disput.* 8. Hotom. *illustr. qu.* 11.

Voluntatem domini). Pues cada cual es árbitro y dueño de sus cosas, *l. in rem mand.* 24. *Cod. mand.* Con todo, para que se entienda que uno quiere transferir su cosa debe concurrir, primero, el que aquel que la entrega sepa que la cosa que trata de transferir es suya; y segundo, que tenga una justa causa para quererlo; por ejemplo, porque la vendió ó prometió darla: aquello porque nadie que errando acerca del dominio de su cosa é ignorando que es suya la entrega como á agena lo hace con la intencion de transferirla, *l. si procurator* 35. *h. tit. arg. l.* 15. *de jurid.* Y digo acerca del dominio de su cosa; pues si uno no yerra en esta; es decir en aquello que se trata de transferir, sino en otra circunstancia; por ejemplo, en la causa de deber, este error no impide la enaganacion, y por lo tanto no tendrá la vindicacion de lo que hubiere pagado indebidamente por error. Esto porque nadie entrega á otro una cosa para transferirla sino tiene una causa para hacerlo.

4. De ahí aquello que dice Paulo: *Nunca el dominio se transfiere por la nuda tradicion, sino en el caso en que hubiere precedida venta ú otra justa causa por la que haya seguido la tradicion, l. numquam* 32. *h. t.* Ni diga alguno que es supérfluo el que esta se requiera por cuanto si no hay causa ninguna debe presumirse donacion, *arg. l. campanus* 47. *de oper. lib.* á causa de que esta tan solo tiene lugar cuando la cosa se dá deliberadamente, *l. cujus per errorem* 53. *de reg. jur.* En lo que no hay diferencia ninguna es entre si ha precedido una causa en realidad, ó solo en la opinion del que entrega, como se vé en la paga de lo indebido.

5. Pregúntase si en el caso en que yo te entrego una cosa por una causa, y tú la recibes por otra, si esta discordancia entre las causas de entregar y recibir impide la traslacion del dominio? Ciertamente no se transferirá este si en el que entrega no hay causa ninguna de transferirlo ó en el que recibe ninguna de adquirirlo; por ejemplo, si yo deposito en tu poder una cantidad de dinero, y tú la recibes como en mútuo ó donacion; ó por el contrario si yo te doy el mismo dinero en mútuo y tú lo recibes en comodato por causa de ostentacion, *l. si ergo* 18. §. 1. *de reb. cred.*; pues en este caso no hay in-

tencion por entrambas partes de los contrayentes, tal como se requiere para la traslacion del dominio, *l. in omnibus* 55. *de obl. et act.*; pero si por las dos partes se supone que hay una causa idónea translativa de dominio; por ejemplo, si te doy un fundo como que te lo debo por testamento, y tú lo recibes como que te es debido en virtud de estipulacion; ó si yo te entrego una cantidad de dinero con intencion de dártela, y tú la recibes como en mútuo; en este caso como entrambas causas son translativas de dominio, pienso que la tradicion es eficaz y así lo dice Juliano generalmente en la *l. cum in corpus* 36. *hoc. tit.* Parece, con todo, que Ulpiano disiente de Juliano en el último caso, cuando yo te dí una cantidad de dinero en donacion, y tú la recibiste como en mútuo, *d. l. si ego* 18. *pr. de reb. cred.* Primeramente niega que haya aquí donacion, pero esto tambien se sigue del parecer de Juliano: luego dice que tampoco hay mútuo: ni esto lo niega tampoco Juliano, puesto que no se ha dado en mútuo: pero por lo que añade en seguida de que *mas bien el dinero no se hace del que lo recibió* podrá decirse que disiente en esto de Juliano, quien generalmente dice que el disenso en las causas de transferir no impide la traslacion, cuando convenimos en la cosa que se entrega, y aclara esta regla en *d. l. cum in corpus* 36. con el mismo ejemplo que se propone por Ulpiano en *d. l. si ego* 18. *de reb. cred.* Cont. 1. *disp.* 9. y Bachov. *in Treult. disput. de mutuo, thes.* 4. niegan que pueda esta contradiccion salvarse; y ciertamente no puede convenirse con lo que Alciato 5. *pererg.* 15. Gilb. Reg. 2. *enant. ult.* piensan que son diferentes los casos de estos dos lugares; interpretando en Juliano el dinero dado en mútuo por dinero debido, contra el uso comun y el manifiesto sentido del jurisconsulto. Si hay algun modo de componer esto es el que pone Connan. 3. *comm.* 7. y Don. 4. *comm.* 18. y en *d. l. si ego* 18. *de reb. cred.* diciendo que estas palabras de Ulpiano, *mas bien el dinero no se hace del que lo recibe* pueden interpretarse de dos modos. Primero de modo que absolutamente el dinero no se haga del que lo recibe, y segundo, que no se haga tal perfecta é irrevocablemente por comparacion á la adquisicion de una cosa donada *arg. l. aliud est capere* 71. *de verb. sign leg. cum quis* 38. §. 3. *de solut.*; pero que se haga del que lo recibe para el efecto de que, aun cuando exista, no pueda vindicarse ó despues de consumido pueda ser reclamado eficazmente por la condicion personal; y en este último sentido deben tomarse las palabras de Ulpiano, á causa de la decision general de Juliano. Y en cierto modo parece que nos induce á admitir esta interpretacion la misma razon dada por Ulpiano; á saber, *porque lo recibe con otra intencion*; pues aquel que recibe lo que se le dá en donacion como que se le diese en mútuo no tiene el ánimo de no hacerse dueño de ello; sino de no hacerse tal *simpliciter*, y sin la obligacion de restituir, como se haria si lo recibiese por causa de donacion. Explicamos esto mas latamente en el *lib.* 2. *sel. qu. c.* 35.

Cujuscumque generis sit). De suerte, empero, que no sea tal que su enagenacion esté prohibida, como el fundo dotal; ó que la causa porque se entrega no sea reprobada por el derecho como es la donacion entre el marido y la muger. Dice, *de cualquier especie que sea*, para dar á entender que actualmente, no solo las cosas no mancipias, como antiguamente, se transfieren por la simple tradicion y el simple acto natural en pleno derecho, sino tambien las cosas mancipias, como eran los prédios y los derechos de los mismos en el suelo Itálico; los siervos y los cuadrúpedos que se domaban con el yugo, y antiguamente no podian enagenarse segun derecho de los Quirites, sino mediando un acto civil ó la solemnidad de la cesion en derecho: véase á Ulpiano *tit.* 19. *in fragm.* Ræyard, *ad leg.* 12. *tab. cap.* 16 (a).

Corporales res). Pues las cosas incorporales no pueden propiamente entregarse, *l.* 3. §. *si iter.* 2. *de act empt l. servus* 23. §. 1. *h. tit.*, como tampoco la posesion, pero en este caso hay una cosa que hace las veces de tradicion á saber, la paciencia del dueño; y las veces de la aprehension y posesion las hace el uso de aquel á quien concede este derecho el dueño de la cosa, *l. ult. de serv. l.* 3 *in pr. de usufr. d. l.* 3. §. *si iter. de act empt. l.* 2. §. *ult. de prec.*

A domino). A saber, aquel dueño que tenga la libre administracion de sus cosas. Y no hay diferencia ninguna entre que el dueño por sí mismo entregue su cosa á alguno para transferírsela, ó que por voluntad del mismo se la entregue un tercero; por ejemplo, un procurador ó acreedor, §. *nihil autem* 42. *infr. eod.* §. 1. *inf. quib. al. lic.* ó tambien otros que por el derecho se consideran como dueños, tales son los tutores ó curadores, *l. bonæ fidei* 106. *de verb. sign. l. non omni.* 16. *et lex* 22. *C. de adm. tut.*

6. *Tradita alienatur*). Y con no menos pleno derecho que si hubiese sido mancipada ó cedida en derecho, habiéndose quitado

(a) L. 1. tit. 30 P. 3.

la antigua diferencia entre los dominios, *l. un. Cod. de nud. jur. Quir. toll.*; pues antiguamente hubo dos especies de dominios: el uno natural que estaba en los bienes, y el otro civil ó legítimo que se llamaba quiritario; y ó era nudo ó pleno. Si por ejemplo, un ciudadano romano habia comprado de otro un siervo, y le habia sido entregado; pero no mancipado ó cedido en derecho, ni poseido por el mismo, este siervo estaba sí en los bienes del comprador; pero no por derecho Quiritario, sino que quedaba siendo del vendedor mientras que no fuese mancipado, cedido en derecho ó usucapido. Vindicaba este derecho de los quirites aquel que empleaba esta fórmula vulgar *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, l. 1. de rei vind.* De ahí aquella fórmula del juicio que se encuentra en Ciceron 4. *in Verr. cap.* 12. *Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse:* véase á Teófilo *tit. de libert.* Ulp. *d. tit.* 19. Brisson. 4. *antiq.* 22. La condicion, empero, de aquel que tenia alguna cosa en sus bienes era mejor que la del dueño que la tenia en el dominio Quiritario, pues que un siervo que á la vez estaba en los bienes de uno y en el dominio Quiritario de otro, de todos modos adquiria para aquel en cuyos bienes estaba, Ulp. *d. tit.* 19. §. *penult.*; por cuya causa Justiniano quitó este nudo é inútil derecho de los Quirites, *d. leg. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Tributaria prædia eodem modo alienantur). Habia dicho antes que todas las cosas de cualquier especie que fuesen se enagenaban por medio de la tradicion; esto es, segun lo exponen todos, no menos las cosas mancipias que las no mancipias. De aqui deduce tambien que de la misma manera se enagenan los prédios provinciales: empero estos no eran cosas mancipias, y las cosas no mancipias por derecho antiguo se enagenaban tambien por la nuda tradicion, Ulp. *d. tit.* §. 6. De donde parece que por el contrario debe deducirse que tambien los prédios Itálicos se enagenan del mismo modo; empero, de lo que dice en seguida aparece que el emperador quiso dar á entender otra cosa; á saber, la equiparacion del derecho de los prédios provinciales con el de los Itálicos, de la cual es el mismo el primer autor, *l. un. C. de usuc.*

7. Antiguamente los campos y los prédios provinciales no estaban en pleno derecho del poseedor, sino tan solo en su usufructo, pues que por derecho extricto eran propios del pueblo romano, puesto que aquellos mismos prédios que por derecho de guerra habian á una con los poseedores recaido en el poder y dominio de dicho pueblo; esto es, se habian hecho públicos del pueblo romano, muchas veces se concedian de nuevo á los provinciales ó antiguos dueños para usufructuarlos, imponiéndoles un tributo anual en reconocimiento de la propiedad retenida, ó sea del dominio directo. De donde vino el que estos prédios no podian manciparse por los poseedores, ni ser usucapidos, sino que tan solo por medio de la posesion de largo tiempo podia adquirirse en ellos el derecho que he mencionado; sobre lo cual hablaremos mas latamente en el *tit.* 6. Podia tambien por medio de la nuda tradicion transferirse el mencionado derecho á cualquier otro, quedando siempre salva la propiedad al pueblo ó al príncipe. Así pues, lo que aquí se dice de estos prédios; á saber, que tambien pueden enegenarse del mismo modo, debe entenderse como que pueden enagenarse plena y perfectamente, y que simplemente por la tradicion se transfiere al aceptante el verdadero y legítimo dominio; á saber, el mismo que actualmente cualquier dueño tiene en su cosa, habiéndose quitado toda diferencia entre las cosas y dominios, *d. l. un. C. de nud. jur Quir. toll. d. l. un. C. de usuc. transf.* Y de ahí se deduce que por la constitucion de Antonino que dió el derecho de ciudad á todos los provinciales, *l. in orb.* 17. *de stat. hom.* no se igualaron enteramente los prédios provinciales á los Itálicos. Justiniano fué el primero que quitó esta diferencia y dispuso que se considerasen de igual condicion todos los prédios, *d. l. un. C. de usuc. transf. et hoc text.* De paso añado que aquel antiguo derecho de los poseedores provinciales no fué un derecho personal como lo es el usufructo, sino real y próximo al dominio, tal como el enfitéutico, y el que vulgarmente se llama dominio útil; pues que podian dejar su posesion á los herederos, y ceder los prédios en derecho á cualquier extraño, Ulp. *tit.* 19. §. 8. Teófilo *hic.*, como tambien imponer en ellos una servidumbre, *l.* 3. *C. de serv.*

8. *Sunt autem stipendiaria et tributaria prædia, quæ in provinciis*). No deduzca alguno de ahí que todos los prédios que habia en las provincias fueron tributarios, pues es cierto que muchas ciudades por beneficio del pueblo ó de los príncipes tuvieron el derecho del Lacio ó de la Italia, y aun sin esto hubo algunas colonias provinciales, y tambien ciudades que fueron inmunes, *l.* 1. *l. pen. l. ult. de censib.* Cic. 9. *in Verr.* Plin. *l.* 3. *nat. hist. c.* 3. *et* 11. El sentido, pues, de esto es, que los prédios que estuvieron en

las provincias, y que satisfacian un estipendio ó tributo, se llamaban estipendiarios ó tributarios, así como se llamaban estipendiarios y tributarios los que los poseian. Si hemos de dar crédito á Teófilo el tributo se satisfacia al príncipe; el estipendio al pueblo: de ahí es que las provincias del César se llamaban tributarias, y las del pueblo estipendiarias. Con todo, no doy á esto entero crédito, y mas bien pienso que estas palabras se empleaban como á sinónimas, pues consta que insensiblemente los príncipes se apoderaron de todas las provincias, y que no subsistió por muy largo tiempo aquella particion que de las mismas habia hecho Augusto con el pueblo, segun refiere Suetonio *c.* 7. Ciertamente en tiempo de Justiniano, así como no habia diferencia alguna entre el fisco y el erario, tampoco la habia entre el estipendio y el tributo. En los libros de las Pandectas se distinguen alguna vez como en la *l.* 7. §. 2. *de usuf. leg. neque* 13. *de imp. in res dot. l. aufertur* 46. §. *qui compensationem de jur. fisc.*, pero Ulpiano dice que son sinónimas segun la autoridad de Pomponio, *l. si ager.* 27. §. 1. *de verb. sign. El estipendio,* dice, *se deriva* stipe *á causa de que se recojia en moneda de vellon ó sea en pequeñas porciones. Y esto es lo que Pomponio dice que se llama tambien* tributo. *Y ciertamente,* dice, *se llama tributo* á contributione, *ó porque se atribuye ó dá á los soldados.* Así tambien se expresa Festo en la palabra *tributum*. Varron, empero, *lib.* 4. *de ling.* dice que se llama así *porque se exigia el tributo de los particulares segun la proporcion del censo.* Y no solo en un principio, como sabemos por Ciceron, César, Livio, Plinio y Gelio se llamaba indistintamente estipendio ó tributo lo que se imponia al pueblo, y se recogia en público para que se sustentasen los soldados, sino tambien posteriormente entre los escritores mas modernos, como Suetonio, Sexto Rufo se encuentran promiscuamente usadas las mismas palabras, como ya observó Cuyacio, 7. *obs.* 5. En lo que hay alguna diferencia es, que muchas veces se llama estipendio y no tributo el dinero que recogido del tributo se dá á los soldados, de donde esta frase, *stipendia facere, etc.* Petilio Cereal en Tácito *lib.* 4. *hist. cap.* 74. dice: *Ni puede conseguirse la tranquilidad sin las armas, ni las armas sin los estipendios, ni los estipendios sin los tributos.* Empero, esto no hace para el presente tratado. Lo que aparece de la antigüedad ser verdadero, como advierte aquí Hotomano, es que de los provinciales los hubo, unos vectigales, y otros estipendiarios ó tributarios: aquellos eran los que pagaban un tributo incierto, como por ejemplo la décima parte de los frutos, de donde fueron llamados *decumanos*, y decumanos tambien sus campos; sobre los cuales dice muchas cosas Ciceron 5. *in Verr.* Estos eran los que satisfacian un tributo determinado en dinero ó frutos, el que segun Ciceron 5. *in Verr.* se llamaba tributo ó estipendio, aunque la palabra *Vectigal* se tomó en un sentido mas lato y comprendió tambien aquellos impuestos que se exijian ó por portazgo ó por escrituras, ó por la sal, ó por la vigésima; mas no tratamos de esto ahora, *l. ult.* §. *species* 8. *de publican.* Véase á Sigon. 1. *de jur. civ. Rom.* 16. Cic. *in Verr.* Gœd. *ad. l. inter publica* 17. §. 1. *et l. si ager.* 27. *de verb. sign.* Vinn. Detenidamente trata de esto el ilustre varon Pedro Burmano *de vectigalibus populi Rom.* al que debe consultarse sobre esta materia. Hein.

TEXTO.

2. Limitatio.

41. Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato: quod quamquam cavetur lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.

TRADUCCION.

2. Limitacion.

Las cosas vendidas y entregadas no las adquiere el comprador sino despues de haber pagado el precio al vendedor, ó satisfechole de otro modo; por ejemplo, con expromisor ó dándole prendas; lo que aunque se dispone por la ley de las doce tablas, con todo se dice muy bien que se deriva del derecho de gentes; esto es, del natural. Pero si aquel que vendió fiare en la palabra del comprador deberá decirse que desde luego se hace la cosa de este (a).

COMENTARIO.

1. *Por qué por las demás causas se transfiere el dominio luego despues de la tradicion, y en virtud de la compra solo en el caso en que se haya pagado el precio?*
2. *Satisfacer y pagar, afianzar y exprometer en qué se diferencian?*
3. *Si se presume que el vendedor fió en la palabra del comprador por el mero hecho de haberle simplemente entregado la cosa?*

1. Lo que se dice en este párrafo es propio del contrato de compra. Si uno entregare

(a) L. 46. tit. 28. P. 3.

su cosa á sabiendas por otra cualquiera causa desde luego se hace del que la recibe, sin que exijamos nada mas para la traslacion del dominio; pero en la compra exijimos un tercer requisito; á saber, que se haya pagado el precio, ó remitido la necesidad de pagarlo en el momento. ¿Pero por qué causa tanta variedad? No por otra sino porque en los demás contratos aquellos que entregan una cosa suya á sabiendas por una justa causa; por ejemplo, por causa de donacion, de dote, ó de legado etc.; manifiestan claramente la voluntad de transferirla, mas no así el vendedor, si no consta mas expresamente su voluntad; pues que segun el sentido comun de los hombres, aquel que vendió su cosa debe considerarse que ha querido venderla con esta condicion; si le fuere pagado el precio, (pues á este mira, y quiere que desde luego se le entregue de contado aquel que vendió su cosa) y no que ha tenido la intencion de transferir su cosa pura y simplemente. Y es sabido que aquel que dá ó entrega alguna cosa bajo condicion no transfiere desde luego el dominio al aceptante, *l.* 8. *de reb. cred.*

2. *Vel alio modo ei satisfecerit*). Esto mismo se dispone en la *l. quod vendidi* 19. *de cont. empt. l.* 5. §. *pen. de trib. act. l. ut res* 53. *de cont. empt.* La palabra *satisfacer* es mas general que la de *pagar:* aquel que paga satisface, pero no toda satisfaccion es paga. Satisface tambien aquel que no se libra de la obligacion; por ejemplo, si uno dá fiador ó prenda, pero por la paga se extingue la obligacion. Dice que *le haya satisfecho;* á saber, al vendedor que acepta un fiador ó prenda en lugar de la solucion, y que lo hace esto voluntariamente, pues que á nadie se obliga á admitir la satisfaccion en vez de solucion, *l.* 6. §. 1. *quib. mod. pign. l.* 10. *de pign. act.* mas de lo que se le obliga á admitir la solucion de una cosa por otra, *l.* 2. §. *de reb. cred. l.* 16. *et seq. C. de solut.*

Expromissore). Bajo esta palabra viene tambien comprendido aqui segun parece el fiador como en la *l.* 4. §. 5. *de re jud.*; pues es cierto que tanto en el caso que se dá fiador como en el en que se dá expromisor se hace la cosa del comprador, *d. l. ut. res* 55. *de cont. empt.*, pero cuando los jurisconsultos hablan con propiedad distinguen al fiador que por otro nombre llaman adpromisor, *l. si vero* 64. §. 4. *sol. matr. l. in omnibus* 43. *de solut.* del expromisor como en *d. l.* 55. *de contr. empt. l. qui libertinus* 37. §. *ult. de op. libert.* Llámase expromisor propiamente aquel que toma á su cargo una obligacion agena con ánimo de novarla, *leg. ult. sen. Mac. d. l. qui libertinus* 37. §. 4. *de op lib.*, y simplemente se llama reo, *l.* 7. §. *servus* 8. *de dol. mal. l. si vero* 64. §. 4. *sol. matr.*, por cuanto el promitente libra al deudor y se constituye él solo deudor en su lugar. Mas por la fianza no se hace novacion ninguna, ni se libra al primer deudor, sino que la obligacion del fiador, á la manera de la prenda, es una accesion de la obligacion principal, §. *fidejussores* 3. *inf. de fidejuss. l. in omnibus* 43. *de solut.*

Quamquam cavetur lege 12. *tab.*) Muchas cosas que se hallan dispuestas en la ley de las doce tablas tienen una razon civil y miran tan solo á las fórmulas y solemnidades, como puede verse por los fragmentos que recogidos por algunos varones doctos corren en manos de los estudiosos; pero no todas ellas; pues lo que en aquellas se dispone de que la cosa vendida no se haga del comprador, sino en el caso de que haya pagado el precio al vendedor ó satisféchole de otro modo, proviene del derecho y razon natural, segun dije antes, y sin embargo tambien esto se encuentra establecido en la ley de las doce tablas. Asi que, no porque una cosa esté dispuesta por la ley civil podrá deducirse que es de derecho meramente positivo, ó que no está dispuesto por el derecho de gentes ó natural. VINN. De ahí es que en las tradiciones que se hacian por medio de la mancipacion debia intervenir la libra de cobre, y el comprador debia golpearla con la moneda, entregando en seguida esta á aquel de quien recibia la cosa: véase el fragmento de Cayo en Boecio en su *comentario á Cic. Top. lib.* 5. pues el dominio no se entendia transferido hasta despues que se hubiese satisfecho al mancipante. HEIN.

3. *Fidem emptoris secutus fuerit*). Esto es, hubiere el vendedor confiado en la palabra del comprador sin satisfaccion ninguna, *d. l.* 19. *de cont. empt.* Ἐπειδὴ ἑκούσιως ἐπίστευσε καί τῇ ψιλῇ ὁμολογίᾳ αὐτοῦ, es decir, despues que voluntariamente se confió en el nudo pacto. Esto debe colegirse de las circunstancias; por ejemplo, si se ha señalado un dia en que se haya de verificar el pago *leg.* 3. *Cod. de pact. int. emp. et vend.*, ó si no teniendo el comprador dinero á mano, le hubiese dicho el vendedor: *puedes marcharte, actualmente no te exijo el dinero; me lo darás despues.* Con todo, sino se hubiese hecho mencion ninguna acerca de pagar despues el precio, por el solo hecho de haber el vendedor entregado la cosa no debe creerse que ha fiado en la palabra del comprador, como evidentemente lo manifiesta este párrafo, y *d. l.* 19. Por lo que, aquella regla que

Schneid. dá segun la comun opinion *que en caso de duda aquel que entregó la cosa vendida sin condicion al comprador parece que confia en la palabra de este, sino apareciere lo contrario*, debe mudarse y concebirse en estos términos: *en caso de duda aquel que entregó la cosa al comprador no parece que confia en la palabra de este, á no ser que el comprador pruebe lo contrario*. Y así comunmente segun dice Juan Fab. y prueban Wesembecio y Bacovio lo opinaron los doctores en su tiempo.

TEXTO.

3. Ampliatio.

42. Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, aut voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permissa sit. Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit à domino, isque ex iis negotiis rem vendiderit, et tradiderit; facit eam accipientis.

TRADUCCION.

3. Ampliacion.

No hay, empero, diferencia ninguna entre que el mismo dueño entregue á alguno su cosa, ó que por voluntad del mismo la entregue otro á quien esté permitida la posesion de la misma. Por cuya razon, si el dueño hubiese encargado á alguno la libre administracion de todos sus negocios, y este hubiese vendido y entregado alguna cosa se hace esta del que la recibe (a).

COMENTARIO.

1. *Repruébase la distincion que vulgarmente se hace entre el procurador á quien simplemente se ha encargado la administracion de todos los bienes, y aquel á quien se ha encargado* cum libera, *segun se dice vulgarmente.*

Siendo necesario segun se ha dicho para que se transfiera el dominio por medio de la tradicion que la cosa se entregue por el dueño, aclara esto el emperador, insiguiendo á Cayo, *l.* 9. §. *nihil autem* 4. *hoc tit.*, y dice que debe entenderse de modo que no se haga diferencia ninguna entre que entrege el mismo dueño por si la cosa á alguno, ó lo haga otro por su voluntad; pues lo que algunos hacen por medio de otro, cuando se lo mandan ó encargan, parece que lo hacen ellos mismos, *leg.* 5. §. 3. *de adm. tut. l.* 4. §. *dejecisse* 12. *de vi et de vi arm.*

Cui ejus rei possessio permissa est). Hotomano pone en vez de esta palabras estas otras *cui ejus rei potestas permissa est.*; y ciertamente tiene así mejor sentido; pero toda esta añadidura falta en Cayo y en la paráfrasis griega; por lo que sospecho que se introdujeron estas palabras furtivamente en el texto. Por esta causa las omite aquí tambien Cuyacio.

Si cui libera universorum negotiorum). Si expresamente se ha encargado á alguno que entregue una cosa, ninguna duda hay que si lo verificare subsistiendo el mandato se transfiere el dominio de la misma al que la recibe, *l. solutum* 11. §. *ult. de pign. act. leg. restituta* 27. *in fin. pr. ad sén. Treb. l. fundi.* 53. *de acq. poss.* Ni hay aquí ninguna excepcion, puesto que cuando hay un mandato especial no puede dudarse de la voluntad del dueño.

1. Si, empero, la fuerza del mandato general es tal que el procurador á quien se ha encargado la administracion de todos los bienes puede sin excepcion ninguna enagenar ó transferir á otro una cosa perteneciente á su administracion, suele disputarse. Los doctores comunmente hacen dos especies de estos procuradores: la una de aquellos á quienes simplemente se ha encargado la administracion de todos los bienes, y la otra de aquellos á quienes se ha encargado libremente; esto es, á quienes expresamente se ha añadido esta cláusula *cum libera*: así hablan vulgarmente. Estos últimos, dicen que tienen el derecho de enagenar, con tal que no lo hagan por donacion; mas aquellos á quienes simplemente se ha encargado la administracion dicen que no pueden enagenar otras cosas mas que aquellos frutos que fácilmente pueden corromperse; pero esta distincion es rechazada, como nuevamente introducida y desconocida por los antiguos, por Duar. *ad leg.* 1. §. *per procurato. rem* 20. *de acq. poss.* por Don. 4. *com.* 15. por Vaud. 1. *quæst.* 47. y por algunos otros doctos varones. Y ciertamente, si del mandato debe deducirse qué es lo que á uno sea lícito en una cosa agena, parece deber decirse que es igual el poder de todos estos procuradores, y que lo que á uno no es permitido en la cosa del dueño, tampoco debe serlo al otro. ¿Pues qué diferencia hay entre que se haya encargado á alguno la administracion de todos los bienes simplemente, ó que se le haya encargado añadiendo la clausula ó palabra *libre?* Ciertamente no se diferencia mas este caso del otro, que lo que se diferencia un heredero instituido simplemente, de otro instituido en el as. La administracion confiada, aunque sea simplemente, se entiende confiada, con todo, libre, puesto que es lícito ejercerla libremente en todas las cosas tanto como si

(a) L. 46. tit. 28. P. 3.

especialmente se le hubiese encomendado cada una de ellas, excepto aquello que no viniese comprendido en un mandato general, de cualquier especie que sea, tales son las donaciones, *leg. 7. de donat.* las manumisiones, *leg. servus* 13. *de manumiss.*, la obligacion de la cosa del dueño por otro, *leg. 1. §. quæ res pign. dat.*, la liberacion de la prenda ó hipoteca, *leg. 7. §. 1. quib. mod. pign. solv.*, é igualmente cualquiera otra remision del derecho del dueño, *leg. mandato* 60. *de procur. l. præses* 12. *C. de transact.*, y tambien la enagenacion que no es exigida por la misma administracion, *leg. procurator tutorum* 63. *de procur. leg.* 12. *et ult. de cur. fur. l. procuratorem* 16. *Cod. de proc. l.* 1. §. 1. *de off. proc. Cæs.* De ahí es, que aquel a quien simplemente se ha confiado el encargo de administrar las cosas, deduce en juicio las cosas del dueño, *leg.* 12. *de pact.*, siendo así que esto tan solo es lícito á aquellos que se consideran en lugar del dueño, *leg. tutor* 22. *et leg.* 27. *de adm. tut.*; puede exigir y recibir, *leg.* 11. *de pact. l. qui hominum* 34. §. 3. *de solut.*; pagar á los acreedores, *leg. quolibet* 87. *eod. tit.*; novar, *l.* 20. §. 1. *de novat.*; puede transigir, pactar, deferir el juramento, *d. l. præses* 12. *C. de transact. d. l.* 12. *de pact. l. jusjurandum* 17. §. *ult. de jurejur.*, con tal que esto lo haga en una cosa dudosa, y á falta de pruebas, *arg. l. tutor* 35. *d. tit. de jurejur.*; puede dar en prenda la cosa del dueño si recibe el mandato de uno que acostumbraba recibir dinero en mútuo dando prendas, *l.* 12. *de pign. act.*; puede vender aquellas cosas que guardándose se deterioraren, *leg. procurator* 63. *de procur.*; y en cuanto lo exija la administracion de los negocios puede tambien enagenar algunas otras cosas por causa de una grande utilidad, *arg. l.* 12. *et. l. ult. de cur. fur.* No debe ser licito nada mas á aquel á quien es permitida la *libre* administracion; pues aunque esta sea sumamente libre, con todo no le concede nada mas. Lo que se dice, pues, que semejante procurador puede permutar una cosa por otra., *l. procurator* 58. *de proc.*, tambien se puede decir del otro y en entrambos debe entenderse del caso en que lo exija asi la misma administracion. Del mismo modo debe tambien entenderse lo que en este §. y en Cayo *d. l.* 9. §. 4. *eod.* se dice que el procurador con libre administracion transfiere al que la recibe entregando y vendiendo una cosa de las que le han sido encargadas. Con todo, puede suponerse un mandato en el que á mas de la cláusula general se exprese tambien especialmente aquello que de otro modo no se entiende concedido, ó á lo menos no tan libremente, como en el caso de la *l. creditor* 60. §. *Lucius* 4. *mand.* El argumento que para probar su distincion sacan los doctores de la administracion del peculio es de ningun valor, y la misma distincion de la administracion del peculio en simple y libre, segun la *l.* 10. *Cod. quod cum eo qui in al. pot.* es sospechosa: véase la ley *si convenerit.* 18. §. *ult. de pign. act. leg. si quis* 41. §. *ult. de reivind. l. pen.* §. 3. *de div. et temp. præsc. l.* 13. *in fin. de cond. ind. l. libera* 48. *pr. et* §. 1. *de pecul. l. ult. de novat. l. contra* 28. §. 3. *de pact. leg.* 8. §. *an pascisci* 5. *quib. mod. pign.* Y esto tambien lo advierte Vaudo en *d.* lugar; quien dice tambien que tiene mas facultad el hijo de familias ó el siervo que tiene la libre administracion del peculio que no el procurador de todos los bienes en las cosas que le han sido encargadas; puesto que el peculio es un patrimonio cuasi propio del siervo ó hijo de familias, separado de los bienes del dueño ó del padre, *leg.* 5. *l. peculium* 39. *de pecul.*, lo que es muy diverso en el procurador. Agréguese á esto que el siervo y el señor, el padre y el hijo se consideran una sola y misma persona, *leg.* 10. *de opt. leg. l. ult. in fin. Cod. de impub. subst.* §. 4. *et* §. *post. mortem* 12. *inf. de inut. stip.* De cualquier modo que sea, en el mandato general no viene comprendida la enagenacion por título de donacion ó la remision gratuita de algun derecho, *l.* 5. §. *si servum* 8. *de don. int. vir. et uxor. l.* 4. §. 1. *quæ res pign. dat. l.* 7. *de donat. l.* 3. §. 2. *vers. si filius fam. de Sen. Mac. l. contra juris.* 28. §. 2. *de pact.*

TEXTO.

De quasi traditione. Si traditio ex alia causa præcesserit.

43. Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit; eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.

TRADUCCION.

De la cuasi tradicion. Si hubiere precedido la tradicion en virtud de otra causa.

Alguna vez tambien basta la sola voluntad del dueño para transferir la cosa sin la tradicion; por ejemplo, si la cosa que uno te dió en comodato, te arrendo, o te dió en depósito, te la vendiere despues ó donare ó diere po

causa de dote; pues aun cuando no te la entregare por dicha causa, por el mismo hecho, con todo, de permitir que sea tuya, adquieres desde luego la propiedad, como si por dicha causa se te hubiese entregado (a).

NOTAS.

43. *Perinde ac si eo nomine*). Por la ficcion *brevi manu*, de modo que aqui se omite un traspaso, *leg.* 3. §. *pen. D. de don. int. vir. et ux.* Finjese que la cosa se ha restituido por el contrato primitivo, y que por el posterior se ha nuevamente entregado.

COMENTARIO.

Se ha dicho en la explicacion del §. *per tradition.* 40. *sup. eod.* que los dominios de las cosas se transferian, no por un pacto nudo sino por la tradicion, y que no habia ninguna diferencia entre que esta fuese verdadera ó natural y entre que fuese finjida y por representacion. La tradicion finjida es necesario en las cosas incorporales, pues que naturalmente no pueden entregarse, *l. servus* 43. §. 1. *hoc. tit.*, haciendo en ella las veces de tradicion, la facultad de usar de las mismas, *l. ult. de serv. l.* 3. *de usufr.* (b). En otras cosas tambien se ha introducido por comodidad dicha tradicion, á fin de que fuese mas expedito el comercio, finjiéndose en este caso que intervino la tradicion si se representa por una señal, un símbolo ó de otro cualquier modo, ó si la cosa se entrega *brevi manu*. De la tradicion simbólica se habla en el §. *sig.* La tradicion se hace por medio de la ficcion *brevi manu* cuando te vendo ó doy en donacion una cosa mia, que esta ya en tu poder en virtud de otro contrato; y á esta especie pertenecen los ejemplos propuestos en este párrafo, copiados de Cayo, *l.* 9. §. *interdum* 5. *eod.*, ó bien cuando mando á aquel que queria darme, ó que me debia alguna cosa que te la entregue a ti, *l.* 3. §. *pen et ult. de don. int. vir. et ux.*

Nuda voluntas). No una voluntad que sea enteramente nuda, y que nada mas requiera que el consentimiento, como lo entendemos cuando decimos que de un pacto nudo no nace accion; pues en este caso entendemos por nudo lo que simplemente lo es; esto es, que es tal que ademas de la convencion nada tiene para obligar á aquel que ha pactado, *l.* 7. §. 4. *de pact. l.* 10. *Cod. eod.*; pues no competiendo accion en virtud de este pacto para conseguir el dominio es mas que manifiesto que este no puede transferirse en virtud del mismo. Tampoco se dice nuda voluntad porque esté desnuda de toda tradicion, como entendemos los pactos nudos cuando los oponemos á las tradiciones en general, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.*, y cuando se dice que la prenda se contrae por nuda convencion, de modo que la cosa esté dada en prenda sin tradicion ninguna, *l.* 1. *de pign. act.* Solo decimos nuda voluntad por comparacion á aquello á que se opone en este lugar; á saber, la verdadera y natural tradicion, que acompaña á la causa de transferir: pues que si se estuviese despojada, no solo de toda tradicion real, sino tambien de la finjida, ó simbólica, la sola voluntad no puede transferir el dominio. En el mismo sentido se dice que la posesion de alguna cosa se consigue con la intencion, *l. antep. de acq. poss.*; á saber, por oposicion al acto material de ocuparla.

Commodaverit, locaverit, aut apud te deposuerit). O tambien si te lo hubiese dado en prenda; y no parecerá que se te muda la causa de posesion pues que ni tan solo poseias, *l.* 3. §. *sed si* 20. *de acq. poss.*, pero si poseias una cosa mia, y yo te la vendiese ó mandase que la conserves se hará tuya, aunque yo no tuviere la posesion, *l. si servus* 21. §. 1. *hoc. tit. l.* 10. *de donat. l. si rem* 62. *de evict.* A esta especie de tradicion finjida pertenece el caso de la *l.* 3. §. *pen. et ult. de don. int. vir. et ux.*, si mandase dar á Ticio lo que otro queria darme á mi, aunque la ficcion es algun tanto desemejante y entre tres personas.

Perinde ac si eo nomine tibi tradita esset). Parece que aqui se finje algun acto que hace las veces de tradicion; puesto que á la causa de transferir no le sigue tradicion ninguna, segun el órden de la naturaleza; y por esta causa en el caso propuesto se dice que la cosa se tiene por entregada, *d. l. si rem* 62. *de evict.* y en este párrafo que el dominio se transfiere por la nuda voluntad. La ficcion es esta: se supone que la cosa que te habia sido dada en comodato ó en deposito la has restituido á su dueño, quien despues te la vende ó dona, y te la vuelve luego á entregar por una de dichas causas; lo que han imaginado los jurisconsultos para que de este modo se llegue mas brevemente y sin un inútil rodeo al fin propuesto, *d. l.* 3. §. *pen. de dont. int. vir. et ux.* Por lo que, en un caso semejante: si mandase yo á mi deudor que te diere alguna cosa se finje que *brevi manu* la he recibido yo y te la he entregado, omitiéndose aqui una accion, *d. l.* 3. § *pen. et ult. l. licet* 43. §. 1. *de jur. dot.* La

(a) L. 47. tit. 28. P. 3.
(b) L. 1. tit. 30. P. 3. vers. *Ca las cosas*

misma ficcion tiene lugar en aquello que está recibido singularmente acerca del dinero dado en mútuo, segun escribe Ulpiano, *l. singularia* 15. *de reb. cred.*, ya tenga el negocio lugar entre tres personas; por ejemplo, si mandare á Ticio que entregase en mútuo un dinero que me debia, ya lo tenga entre dos, como si conviniéremos que tu retengas por causa de mútuo el dinero que me debes por mandato; pues en entrambos casos se finje que me ha sido entregado el dinero, y que yo te lo he dado á tí ó á Seyo; aunque Africano mas observante del derecho extricto parece que no admite estas ficciones en el último caso, *l. qui negotia* 34. *mand.* y su intérprete Cuyacio 8. *ad African.* Hay algunos, con todo, que piensan que la ausencia del deudor impide la ficcion *brevi manu*, como que por el derecho no puede finjirse un hecho que naturalmente no ha podido tener lugar por la *l. falsus* 43. §. 2. *de furt.*; y por esto creo que ha de admitirse la decision de Ulpiano cuando el deudor está presente y dispuesto á pagar el dinero, y la de Africano cuando está ausente el deudor, ó no tiene el dinero á mano; pues expresamente habla Africano de aquel que envió una carta á su acreedor, y por lo tanto de aquel que estaba ausente, Don. en *d. l. singularia* 15. *de reb cred. num.* 22. *et seq.*

« En España la ausencia del deudor no « impide esta ficcion, *l.* 47. *tit.* 28. *P.* 3. »

TEXTO.

De traditione clavium.

44. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

TRADUCCION.

De la entrega de las llaves.

Igualmente, si uno vendiere las mercaderías depositadas en un almacen, desde el momento que entrega las llaves de este al comprador, transfiere al mismo la propiedad de las mercaderías (a).

NOTAS.

44. *Tradiderit emptori*). Inmediato al mismo almacen, *d. l.* 74. y delante de la cosa. *l.* 1. §. *penult. D. de acquir. possess.*

COMENTARIO.

En este párrafo se trata de aquella especie de tradiciones finjidas que representan la verdadera por alguna señal ó símbolo, de la cual se propone un ejemplo; á saber, si encerradas las mercaderías en cierto lugar y queriendo entregármelas su dueño, me entrega las llaves de dicho lugar, *d. l qua ratione* 9. §. *item si* 6. *hoc tit.* Hay, empero, otras especies de esta tradicion, por ejemplo, la entrega del instrumento; entregado el cual se considera entregada y transferida tambien la cosa de cuya enagenacion en aquel se trata, *l.* 1. *C. de don.* (b); el acto de sellar las vigas y maderos sirve tambien de tradicion, *leg. quod si* 14. §. 1. *de per. et com. rei vind.* y tambien el poner allí un guardia, si la cosa no puede fácilmente ser trasladada por su grande volúmen, *l. antepen. de acquir possess.* Puede tambien sin símbolo ninguno representar algun acto la tradicion, pues si, estando presente me manifiesta la cosa el dueño y dice que me la entrega teniendo yo la intencion de poseerla, en este caso la adquiero con los ojos y la voluntad; y se considera lo mismo que si hubiese entrado en ella, ó la hubiese ocupado materialmente con la mano, *l.* 1. §. *pen. leg. quod meo.* 18. §. 2. *de acquit. possess.*

Simul atque claves horrei tradiderit). Entregadas las llaves del almacen ó bodega, aunque no se pongan de manifiesto las mercaderías en ella encerradas; por ejemplo, el trigo ó vino, adquirimos con todo la posesion de dichas cosas, del mismo modo que si nos hubiesen sido entregadas, *d. l. qua ratione* 9. §. *item si* 6. *d. l.* 1. § *penult l. clavibus* 74. *de contr. empt.* Con todo, esto tan solo tiene lugar si las llaves han sido entregadas allí mismo en donde las cosas están depositadas. *d. l clavibus* 74. (c). Pues la tradicion simbólica debe ser tal que por ella puedan las cosas quedar inmediatamente sujetas á nuestra potestad; lo que no puede suceder si se entregan las llaves en otra parte; por lo que muy bien expresa esto Teófilo diciendo: παρὰ τῷ ὁρείῳ, es decir, si está inmediato al granero ó almacen.

TEXTO.

De missilibus.

45. Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transferit rei proprietatem: ut ecce, prætores et consules, cum missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus; et tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

(a) L. 7. tit. 30. P. 3. y L. 47. tit. 28. P. 3.

(b) L. 8. tit. 30. P. 3. y d. l 47.
(c) L. 7. tit. 30. P. 3.



TRADUCCION.

Del dinero tirado á la rebatiña.

Algunas veces la voluntad del dueño transfiere la propiedad de la cosa á una persona incierta; por ejemplo, cuando los Pretores y Cónsules tiran dinero á la rebatiña al vulgo ignoran quien de él lo recojerá, y sin embargo como quieren que aquel que lo coja lo haga suyo inmediatamente le hacen dueño (a).

COMENTARIO.

Aunque regularmente en la traslacion del dominio no debe ser menos cierta la persona del aceptante que la del que entrega, para que concurra la intencion por entrambas partes de los contrayentes, *l. in omnibus* 55. *de obl. et act.* sucede, con todo, alguna vez que por medio de la tradicion se transfiere el dominio á una persona incierta; por ejemplo, cuando se arroja al pueblo dinero á la rebatiña, cuyo ejemplo se propone en este §. y en la *l.* 9. §. *pen eod.*; pues aquel que esparce y arroja su dinero de este modo no lo destina á ninguna persona cierta, y enteramente ignora quien será el que recojerá alguna de aquellas monedas; mas, con todo, como que es claro que quiere que aquel que recoja alguna la haga suya, es muy justo y conforme á la razon natural que se tenga por válida la voluntad del dueño, *arg.* §. *per traditionem* 40. *sup. eod.* Puede parecer que lo así arrojado se tiene por abandonado, y que por lo tanto cede en favor del que lo ocupa por derecho de ocupacion como de una cosa que no es de nadie; pero mejor es que digamos que lo ha recibido habiéndosele entregado por voluntad del dueño, pues que el dinero se ha arrojado con el fin de que fuese cojido desde luego, y de que desde el momento que fuese ocupado se hiciese del ocupante, cuya intencion no tiene aquel que abandona la cosa. VINN. Mas cierto es que el dinero tirado á la rebatiña no se hace del que lo coje por medio de la tradicion, sino por medio de la ocupacion; por cuanto aquel que lo arroja abdica el dominio que en él tiene antes que otro lo haya ocupado; aquellas cosas, empero, cuyo dominio se ha abdicado se consideran por abandonadas, y estas ceden en favor de los que las ocupan. Lo mismo nos induce á creer la misma razon de Vinnio; pues todas las cosas consideradas por abandonadas se arrojan con el fin de se cojan, y de que aquel que las ocupare las haga suyas, y no sé porque niega nuestro autor que no tengan esta intencion los que las arrojan. HEIN.

Prætores et Consules). Faltan estas palabras en Cayo, y apenas podrá encontrarse que los magistrados del pueblo romano, cónsules ó pretores hubiesen arrojado alguna vez dinero á la rebatiña. En Suetonio *in Augustum c.* 98. *in Caligul. c.* 18. *in Neron cap.* 11. leemos que los príncipes lo hicieron alguna vez. El esparcirlo los cónsules vino de las costumbres de los griegos que con razon derogó Marciano, *l.* 2. *C. de consul. et non sparg. pec. l.* 12.; poniéndolas otra vez en uso aunque con ciertas restricciones Justiniano, *Nov.* 105. *cap.* 2. §. 1. en cuya constitucion permite á los cónsules arrojar dinero á la rebatiña, y dar dádivas al pueblo, con tal que no lo hagan mas de siete veces al año, ni esparzan oro; pues este es propio de solo el imperio. Esta constitucion fué de nuevo derogada por Leon, habiéndose enteramente prohibido á los cónsules el arrojar dinero á la rebatiña, *Nov. Leo.* 94.

TEXTO.

De habitis pro derelicto.

47. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit; ut id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus ejus esse desinit.

TRADUCCION.

De las cosas abandonadas.

Por cuya razon parece ser cierto que si uno ocupare una cosa abandonada por su dueño se hace al momento señor de la misma. Considérase, empero, por abandonado aquello que el dueño arrojó con la intencion de no querer contarlo mas en el número de sus cosas, y de lo que por lo tanto deja desde luego de ser su dueño (b)

COMENTARIO.

1. *Qué se requiere para que una cosa pueda considerarse por abandonada?*
2. *La cosa abandonada deja desde luego de ser nuestra pero no se hace de otro antes que haya este ocupado su posesion.*

La cosa abandonada deja desde luego de ser nuestra, y se hace *nullius*; por lo que, se concede conforme al derecho al primer ocupante. Pertenece este modo de adquirir a la invencion ó hallazgo, como ya advertimos arriba en el §. *item lapilli* 18. *eod.*, no

(a) L. 48. tit. 28. P. 3.

(b) L. 49. y sig. tit. 28. P. 3.

puede referirse como el caso anterior á la tradicion, porque aquel que abandona su cosa, aunque se considera que ha querido que se haga de aquel que primero la recojiere ú ocupare, *leg.* 5. §. 1. *pre. derel.*, con todo, no la arroja ó abandona con esta intencion, ni procura que otro la recoja como lo hace aquel que esparce dinero. El acto de esparcir dinero es una especie de donacion y liberalidad por la que el que lo verifica trata de captarse la voluntad del pueblo; mas el abandono ó acto de arrojar una cosa nuestra solo produce el efecto de que esta no esté en los bienes de nadie.

1. *Quod dominus ea mente abjecerit*). Dos cosas exije esta definicion para que la cosa se considere abandonada: la primera el que uno no quiera tenerla ya por suya, y la otra que la arroje ó abandone; si falta una de estas dos circunstancias no se pierde el dominio. Supongamos, pues, que el dueño abandona ó arroja su cosa, pero no con la intencion de separarla de sí, ó de no quererla tener por suya: nada pierde aquí, §. *seq.* Supongamos, por el contrario, que no quiere ya tenerla por suya; si no la arrojare, ó si siendo inmueble no se aparta de ella con la intencion de no quererla tener ya por suya, no deja de ser su dueño; y en esto se diferencia el dominio de la posesion la que se pierde con solo el ánimo, *leg. si quis* 17. §. 1. *de acquir. possess.*

2. *Ideoque statim dominus esse desinit*). Las cosas abandonadas dejan de ser nuestras desde el momento en que han sido arrojadas ó abandonadas; porque las cosas dejan de ser nuestras por el mismo modo con que se hacen tales, *l.* 1. *pro. derel.* Por lo que, muy bien reprende Juliano á Próculo porque pensaba que no se perdia el dominio de una cosa abandonada sino hasta tanto que otro la hubiese ocupado, *l.* 2. §. 1. *dict. tit.*, pues de esto resultaria que si uno la cojiese con ánimo de hurtarla se entenderia que cometió hurto, lo que es un absurdo, *l.* 45. §. 5. *de furt.* Pero si no fuese dueño de la cosa aquel que la ha abandonado no se hará desde luego del que la ocupare, sino que este únicamente adquirirá el derecho de usucapirla, *l.* 4. *pro. derel.* Tambien es cierto que las cosas abandonadas, del mismo modo que las otras que no son de nadie, no las adquiere aquel que empieza á verlas el primero, sino el que primero alcanza su posesion. Asi la isla de Acantos, que estaba desierta, fué adjudicada á los Calcidenses que habian entrado primero en ella, y no á los Andrios que habian arrojado antes una flecha, Plutarc. *quæstion. Græc.* 29. por cuanto el principio de la posesion es la union del cuerpo al cuerpo, la cual en las cosas muebles se hace principalmente con las manos, y en las inmuebles con los pies. Grot. *mar. lib. cap.* 2.

TEXTO.

De jactis in mare levandæ navis causa. Item de his, quæ de rheda currente cadunt.

47. Alia sane causa est eorum rerum, quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur; hæc enim dominorum permanent: quia palam est, eas non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe videntur discedere ab is, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

TRADUCCION.

De las cosas arrojadas al mar con objeto de alijerar la nave; y tambien de aquellas cosas que caen de un coche corriendo.

Otra cosa debemos decir de aquello que se arroja al mar con objeto de alijerar la nave en una tempestad; pues que esto permanece siendo de su dueño; pues es claro que no lo arroja con la intencion de no quererlo tener por suyo, sino principalmente para librarse del peligro del mar con la misma nave (a). *Por cuya causa, si alguno habiendo sido arrojadas dichas cosas por las olas, ó habiéndolas buscado en el mismo mar las recojiere con ánimo de lucrarlas comete hurto. Ni parece que se diferencian mucho estas cosas de las que caen de un coche corriendo sin que lo sepa su dueño.*

NOTAS.

47. *Furtum committit*). Ulpiano interpreta este pasage en *d. l.* 43. §. *pen. et* §. 4. con algunos de los *sig. D. de furt.*

COMENTARIO.

1. *Aquellas cosas que se arrojan al mar con objeto de alijerar la nave no se entienden arrojadas con el intento de no quererlas tener por suyas.*
2. *Aquel que recoje una cosa agena con objeto de lucrarse con ella encontrándola en un camino está tenido por la accion de hurto, aunque ignore de quien sea.*
3. *Qué sucede en el caso en que nadie reclama la cosa hallada despues de haberse publicado el hallazgo?*
4. *Si puede honestamente pedirse alguna cosa por premio del hallazgo?*

De lo que se ha dicho en el §. precedente puede deducirse que no debe considerarse

(a) L. 49. y 7. tit. 9. P. 5.

como abandonada aquella cosa que la arroja el dueño, no con la intencion de no quererla ya tener por suya, sino con otra, y que por lo tanto dicha cosa queda de aquel que la arrojó sin que se haga del que la ocupa. Ilústrase esto con un ejemplo de las cosas arrojadas durante una tempestad con objeto de alijerar la nave.

1. *Non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit*). Aquellos que habiéndoles sobrevenido una tempestad arrajan al mar alguna cosa con objeto de alijerar la nave no tienen la intencion de dejarla por abandonada; pues que si la hallaren la recojerian de nuevo, y si sospechasen en qué lugar está la buscarian, sino que tan solo lo hacen por escaparse del riesgo, alijerando la nave. Sucede con esto lo mismo que con aquello que agoviado uno por el peso arroja en el camino para volver en seguida acompañado de otro á buscarlo; por cuya causa las cosas arrojadas así establece Justiniano que permanecen del dueño, insiguiendo á Cayo, *l.* 9. §. *ult. hoc tit.* y á Paulo *leg.* 2. *in fin. ad leg. Rhod. l. si quis merces* 7. *pro derel. l. interdum* 21. *de acq. poss. l. quæcumque* 58. *h. tit.* Holomano piensa, empero, que Ulpiano disintió de estos; y que pensó que lo arrojado se arrojaba siempre con ánimo de abandonarlo, ó que á lo menos debia creerse que las mas veces se hace con la intencion de que se habia de perder lo que se arrojó, pues así lo dice en la *l. falsus creditor* 43. §. *pen. de furt.* A esto, responde Wesembecio que Ulpiano habla en dicho lugar del acto de arrojar una cosa espontáneamente, á saber, de cuando simplemente y sin necesidad ninguna se arroja al mar alguna cosa, pues que el que verifica voluntariamente semejante accion se considera que quiere abandonar aquella cosa que arroja al mar; cuya respuesta, aunque como inadecuada la reprende Bacovio, no deja de favorecer el mismo lugar; pues por el fin de *d.* §. *pen.* se vé que Ulpiano hizo distincion entre aquello que se arroja simplemente, y lo arrojado por una urgente necesidad.

Cum ipsa navi mari, periculum effugiat). Nunca el comerciante arrojaria sus géneros sino esperase por este medio evitar un mal mayor, como la muerte. Hace, pues, esto, ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ, es decir, voluntaria y forzosamente; de modo que esta accion es en parte espontánea y en parte invita. Invita, si se mira á la causa que impele al dueño extrinsecamente á arrojar sus géneros; y espontánea si se atiende á la causa próxima y principio interno; á saber, el deseo de evitar la muerte, aunque semejantes acciones tienen mas partes de voluntarias que de invitas pues que á no ser así los miembros del cuerpo no se prestarian á ejecutarlas: véase á Arist. 3. *eth.* 1.

Lucrandi animo). Lo contrario sucede si recojiere las cosas con la intencion de que no se pierdan, y de restituirlas al dueño, ó bien si pensare que han sido arrojadas *simpliciter* ó espontáneamente esto es abandonándolas, *d. l. falsus creditor* 43. §. *pen. et* §. *sed si* 6. *de furt.* Así lo comprende Demon en la comedia de Plauto al creer que una maleta encontrada por un siervo suyo en el mar es agena y no suya, *Rudent. act.* 4. *scen.* 2.

2. *Quæ de rheda currente cadunt*). Compáranse las cosas arrojadas durante una tempestad á las que caen de un coche al cochero, ó bien á aquellos que van por los caminos, cuyas cosas es cierto que permanecen siendo de su dueño, y que comete hurto aquel que las recoje con objeto de lucrarse con ellas hallándolas en el camino, sin que haya diferencia ninguna entre que supiere ó ignorare de quien son, pues que todos debemos saber que aquello que no es nuestro es preciso que absolutamente sea de otro, *d. l. falsus* 43. §. *qui alienum* 4.; pero si no las recoje con ánimo de lucrar sino de restituirlas á aquel de quien posteriormente se supiere que son, no comete hurto. Si ignorare de quien es la cosa hallada hará muy bien en publicar un aviso de que ha encontrado una cosa, y cual sea, y que la restituirá á aquel que manifieste que es suya; pues que con este hecho ya manifiesta claramente que no la recogió con ánimo de hurtarla, *d. l. falsum* 43. §. *sed si* 7. *et seq.*

3. ¿Qué sucederá, empero, si despues de publicado un aviso, ó si tal fuere la costumbre, despues de haberse mandado pregonar la cosa no se presentare nadie que la reclame como suya? Podrá entonces el que la encontró si fuese pobre retenerla como un don que Dios le ha hecho; si fuere empero rico obrará bien y piadosamente si lo convirtiere en uso y alimento de los pobres: así tambien piensa Bart. *ad d. l. falsus* 43. *qui alienum* 4. Fab. Cantiunc. Schneid. *aquí.* (Los canonistas en union con los teólogos dirian, no solo que obrará bien y piadosamente en hacerlo así, sino que está tenido á ello por justicia y conciencia.)

4. Estos autores tratan aquí tambien de paso si aquel que encontró y manifestó haber encontrado una cosa agena, y no hubiere hecho en ella impensa ninguna, puede pedir honestamente un premio por el hallazgo, y dicen que no puede hacerlo, aunque puede

honestamente recibir lo que espontáneamente se le diere; lo que tambien con bastante claridad dá á entender Ulpiano en *d. l. falsus* 43. §. *quid. ergo* 9. en la que en vez de aquello que se lee en todas las ediciones vulgarmente y aun en el mismo código Pisano: *Quid ergo si,* εὕρετρα *quæ dicunt, petat, etc.*, cree Budeo que segun un débil resto de un ejemplar antiguo debe leerse: *Quid ergo si ec quæ dicunt Græci* μηνυτρα *petat*; pero no hay necesidad ninguna de esto, pues que la palabra εὕρετρον no es menos griega que la de μηνυτρον, y así como esta quiere decir el premio de la delacion, así aquella significa el del hallazgo. Pero no hay duda ninguna en que si no se ha hallado aun la cosa puede honestamente pedirse y aceptarse un premio con el objeto de buscarla: véase la ley 5. §. *si tibi* 4. *de cond. ob turp. caus.* Lo mismo se dice de los bienes de los náufragos habiéndose establecido una pena peculiar contra aquellos que hurtaren lo que las olas arrojaren á la playa, cuya pena consiste en la confiscacion de todos los bienes, *auth. navigia C. de furt.*, cuya auténtica se ha sacado de las constituciones de Federico segundo *de statutis, et consuetudinib. contra Ecclesiæ libertatem editis tollendis, coll.* 10. (a).

« En España los buques que por naufragio « arriben á las costas del reino, lo propio « que los cargamentos, frutos, alhajas y de« más cosas que en ellos se hallaren pertene« cen al Estado, luego que pasado el tiempo « prevenido por las leyes resulten no tener « dueño conocido. *Art.* 1.° *de la ley de* 16 « *de mayo de* 1835 *sobre mostrencos.* »

TÍTULO SEGUNDO.

De las cosas corporales é incorporales.

Continuacion.

Lo que en el título precedente se ha dicho acerca del modo de adquirir el dominio por derecho de gentes pertenece tan solo á la adquisicion de las cosas corporales. Hay, empero, otras cosas incorporales las que están tambien en nuestro patrimonio, y á su manera y segun lo permite su naturaleza se adquieren tambien, ya por derecho de gentes, ya por derecho civil. No es pues una division principal la que se propone en este título, sino una subdivision de las cosas privadas; esto es, de aquellas que están en los bienes ó patrimonio de alguno. Cayo la puso en seguida de la principal en la *l.* 1. §. 1. *de rer. div.* de donde la transfirió aquí Justiniano.

TEXTO

Secunda rerum divisio.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt, qualia sunt ea, quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, ususfructus, usus et obligationes quoquomodo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporales est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hæreditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et jura prædiorum urbanorum et rusticorum quæ etiam servitutes vocantur.

TRADUCCION.

Segunda division de las cosas.

Además de esto, unas cosas son corporales, otras incorporales. Aquellas son las que por naturaleza pueden tocarse; por ejemplo, un fundo, un hombre, un vestido, el oro, la plata y otras infinitas cosas. Estas, empero, son aquellas que no pueden tocarse, como son las que consisten en un derecho; por ejemplo, la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones de cualquier modo contraidas. No hace para el caso el que en la herencia se comprendan tambien ciertas cosas corporales; pues que los frutos que se perciben del fundo son tambien corporales, y las mas de las veces es corporal tambien lo que en virtud de una obligacion se nos debe; por ejemplo, un fundo, un hombre, una cantidad de dinero; y á pesar de esto el mismo derecho de la herencia, y el de usufructo y el de la obligacion son corporales. De la misma especie son los derechos de los prédios urbanos y rústicos que se llaman tambien servidumbres.

(a) D. l. 7. vers. *Esto mismo.*

NOTAS.

Quædam præterea). Todo este título está sacado de Cayo, *l.* 1. §. 1. *de rer. div.*

Pecunia). Cuéntase aqui el dinero entre las cosas corporales como tambien en Cayo, *d. l.* 1.; y es bien sabido que las monedas pueden vindicarse lo mismo que las demás cosas. *l.* 14. *de reb. cred.* §. *ult. infr. quibus al. lic.* Opónense alguna vez á otros cuerpos, *l.* 46. *D. de cond. ind. l.* 5. *pr. de imp. in rem dot. l. ult. de adm. leg.*; pero entónces no debe entenderse cualquier cuerpo *simpliciter*, sino uno que sea cierto y determinado, *l.* 68. *D. ad Sen. Treb. l.* 10. *D. accept.* y en el que nada se tiene en consideracion fuera de su cualidad de cuerpo.

Ipsum jus hæreditatis). Cayo dice, *el mismo derecho de sucesion*, y define la herencia diciendo ser la sucesion en el derecho universal que tuvo el difunto, *l.* 24. *de verb. sign.*; pero impropiamente, pues que el acto de suceder no es propio de la herencia, sino del heredero. La herencia es una cosa sujeta á la adquisicion, y que el heredero adquiere por medio de la sucesion; y se llama derecho porque significa una universidad; á saber, el patrimonio del difunto con sus cargas, y no las cosas separadas cada una de por si, *l.* 119. *l.* 208. *de tit.*

COMENTARIO.

1. *Cuéntase tambien el dinero entre las cosas corporales.*
2. *Aquellas cosas que se dice que consisten en un derecho no son meros entes de razon.*
3. *En qué sentido se llaman derechos y se oponen á las mismas cosas la herencia, el usufructo y la obligacion?*
4. *La herencia, propiamente hablando, ni es sucesion, ni derecho de suceder, ni la cosa á que se sucede, sino un derecho que se adquiere por medio de la sucesion.*
5. *Bajo qué aspecto se llaman derechos de los prédios las servidumbres?*

Si natura tangi possunt). Esto es, que están sujetas al tacto, y que si están delante de nosotros podemos ocuparlas con la mano y el cuerpo, y percibirlas por medio de los demás sentidos. Dice que semejantes cosas son por ejemplo, un fundo, un hombre: un fundo, es decir, el fundo Tusculano; un hombre, esto es, Estico. Es decir, cosas singulares y substancias primeras; pues las segundas substancias, ó sea las cosas universales no se perciben por medio de los sentidos, Arist. 1. *analyt. cap.* 51. Si, empero, las cosas universales son unas meras obras del entendimiento, y ficciones de la fantasía, ó si tienen una esencia real en cada cosa de por sí pertenece á los filósofos el discutirlo. VINN. Es esto en realidad propio de la filosofía estóica; pues reduciendo esta filosofía todos los sentidos al tacto definian las cosas corporales diciendo ser aquellas que *podian tocarse*, Sen. *epist.* 106. *Los mismos filósofos decian que las cosas corporales son las únicas que existen; mas que las incorporales no existen, sino que se comprenden.* Cic. *Top. c.* 5. A aquellas las llamaban *cosas*; á estas *derechos*. Quinti. *inst.* 5. 10.; y hé aqui la razon porque Paulo dice que las servidumbres no están en los bienes ni fuera de ellos. HEIN.

1. *Aurum, argentum*). No solo el oro informe, sino tambien el acuñado; esto es, las monedas de oro ó plata: aunque disputa en contrario Hotomano, *illustr. quæst.* 15.; pues si alguno dice que la plata acuñada no es un cuerpo se contradice manifiestamente. Ciertamente, en el dinero se tiene en consideracion principalmente el valor público, *l. de cont. empt.*; y respecto de este valor se oponen las monedas á aquellas cosas, en las que fuera de su cualidad de cuerpo nada se tiene en consideracion, como en la *l. quis hæredis* 46. *de condict. ind.* Con todo, aquellos que niegan que las monedas y el dinero sean otra cosa ó signifiquen nada mas que el valor y cantidad del mismo se engañan manifiestamente, pues que el dinero puede tambien considerarse materialmente; por cuanto la materia de que se compone; esto es, la plata ú oro, es el fundamento de su valor; sobre lo que habla erudita y doctamente Salmasio, *lib. de usur. pag.* 455. Y el mismo Papiniano nos manifiesta que tambien se atiende en el dinero al cuerpo, y no tan solo á la cantidad, *l. si is* 64. §. 1. *de solut.*; y Justiniano en este mismo título, y Cayo en la *l.* 1. §. 1. *de rer. div.* expresamente cuentan al dinero entre las cosas corporales. Finalmente ¿qué cosa mas sabida hay que el que las monedas pueden al igual de otros cuerpos ser vindicadas? Nada obsta á esto lo que se lee en Pomponio, *l. si pœnæ* 16. §. 2. *de cond. ind.* que si yo estando en la falsa creencia de que debo una cantidad de dinero la pagare con monedas en parte mia y en parte agenas, puedo reclamar la mitad de dicha suma, y no la mitad de los cuerpos; pues que si hubiere pagado equivocadamente á uno á quien no se la debia una cantidad de trigo mio mezclado con otro de ageno, responderia tambien el jurisconsulto que no debe reclamarse la mitad de los cuerpos, sino de la cantidad; y de aqui nadie puede de-

decir que el trigo sea una cosa incorporal; sino que esto se funda en que yo pagué mis cosas mezcladas con las agenas, no como una especie cierta, sino creyendo deber cierta cantidad. Y además, en el mismo hecho de decir que no reclamo una parte de los cuerpos, ¿no confiesa que realmente son tales? Nada tampoco obsta lo que Ulpiano dice en la *l.* 5. *in pr. de imp. in res dot.*, de que *ipso jure* se disminuye la dote por las impensas necesarias cuando no hay cuerpos, sino dinero; pues que aquí los cuerpos no se oponen al dinero, como que este no lo sea, sino del mismo modo que en el propio lugar opone los cuerpos á un cuerpo estimado, del que ciertamente nadie dirá que por esto sea una cosa incorporal; oponiéndose las cosas que deben restituirse *in specie* á aquellas que pueden restituirse dando otro tanto del mismo género. Es sabido que el dinero es una cosa fungible, y semejantes cosas se dan en dote del mismo modo y con la misma obligacion que se dan en mútuo, de suerte que disuelto de cualquier modo el matrimonio, el marido no está tenido á restituir los mismos cuerpos que recibió sino otro tanto del mismo género, *l. res in dotem* 42. *de jur. dot.* Lo mismo debe responderse á la ley *ult. de adim. leg.* En otros lugares se opone con mas cautela una cantidad de dinero, no simplemente á un cuerpo, sino á un cuerpo determinado, *l. si hæres* 68. *pr. ad sen. Treb. l.* 40. *de accept.*

2. *Qualia sunt, quæ in jure consistunt*). Todas aquellas cosas que no pueden tocarse, sino que tan solo pueden percibirse y comprenderse por medio del entendimiento son incorporales; pero no todas ellas están sujetas á la inspeccion del jurisconsulto; pues que tambien los ángeles, los espíritus y las almas son cosas incorporales, y tambien lo son aquellas que Cíceron enumera *in Topic.*, tales como la usucapion, la tutela, la gente, la agnacion; cuyas cosas, aunque pertenezca el tratarlas á los jurisconsultos, no son, con todo, propias de este lugar en que se trata de aquellas que pueden adquirirse y aumentan nuestro patrimonio. La usucapion, empero, no es una cosa que se adquiera, sino una causa y modo de adquirir, como tambien la gente y agnacion; pues por medio de estas viene la herencia. La tutela es una carga y un oficio público. ¿Qué son, pues, aquellas cosas que dice el emperador que *consisten en el derecho? Derecho es*, dice Wesembecio, *el entendimiento ó la recta razon*. Aquellas cosas, pues, que *consisten en un derecho, como tambien todas las demás que son intelectuales, solo se comprenden, no existen.* Así se expresa Wesembecio, como que pensase que aquellas cosas que consisten en un derecho son meros entes de razon; lo propio que Tuningio, quien dice que son unas nociones que los Platónicos llaman *ideas*, y del mismo modo opina Donelo *lib.* 5. *com.* 1. Pero pregunto yo, ¿qué cosa hay mas absurda que decir que la herencia, la posesion de bienes, el usufructo, las servidumbres de los prédios, la prenda, las obligaciones, las acciones sean ficciones del entendimiento, y que por naturaleza nada sean? ¿Por ventura si se te ha dejado una rica herencia, ó el uso fructo de un opulento patrimonio creerás que es un sueño de la fantasía ó una idea platónica, por mas impalpables é incorpóreas que sean estas cosas? Así pues, dícese que semejantes cosas consisten en un derecho, y se oponen á las corporales, no porque real y naturalmente no existan, ó que fuera de la consideracion del derecho no subsistan, sino porque han recibido en cierto modo del derecho su existencia; esto es, una cierta y determinada forma; pues el derecho civil puede formar á su arbitrio la naturaleza de estas cosas cuya potestad no tiene en las cosas corporales. Y en este sentido debe tomarse lo que Fabroto y Angelo dicen que consisten en el derecho aquellas cosas que se substancian, crean y reciben su nombre del derecho. Tienen, empero, una esencia propia y verdadera, y son enteramente entes reales como cualesquiera otros accidentes, y así tambien opina Bacovio.

3. *Sicut hæreditas, usufructus, usus et obligationes*). Todas estas cosas se ponen juntas á causa de que son derechos ó cosas incorporales; pues su naturaleza es muy diversa en cuanto se oponen entre sí las mismas cosas, como luego demostraremos. La herencia significa una universalidad de bienes en la que sucede el heredero, y como bajo su nombre comprende en general todos los bienes y derechos del difunto, aun aquellos en virtud de los cuales este estaba tenido á otros, bajo este sentido se llama no malamente derecho, *l. hæredit.* 119. *l. pecuniæ* 178. §. 1. *l. bonorum* 208. *de verb. sign.* Por esto Papiniano, *l. hæreditas* 50. *de hær. pet.* dice que *la herencia tambien se considera derecho sin cuerpo ninguno, l.* 3. *de bon poss.* La obligacion, en cuanto se considera por parte del deudor, no es un derecho, sino un vínculo del derecho en virtud del cual está el mismo obligado á dar ó hacer alguna cosa, *infr. de obl. in pr.*; mas por parte del acreedor, que tiene de este modo obligado al deudor, no se llama malamente derecho aquello que se adquiere por contrato y se cuenta

entre los bienes. Con todo, este derecho no es un derecho *in re*, sino tan solo *ad rem*, y que concede al acreedor una accion personal, no empero la reivindicacion; y por esto el tratado de las obligaciones y del modo de adquirirlas no es propio de este lugar, en el que Justiniano se ha propuesto enseñarnos de qué manera se adquieren los derechos reales semejantes al dominio, segun el mismo manifiesta claramente en el §. *ult. de us. et hab.*, no empezando á tratar de las obligaciones hasta el *título* 14. *del lib.* 3. En el uso y usufructo hay mas en cuanto entrambos se consideran como constituidos y adquiridos, pues son derechos reales que producen en favor del usuario y usufructuario la accion confesoria que es real, §. 2. *inf. de act.*; y de su constitucion y adquisicion se trata en los *títulos* 4 *y* 5 *de este libro*.

4. *Num ipsum jus hæreditatis, etc.*) Nadie habrá que no conozca que el usufructo no es lo mismo que los frutos, puesto que es el derecho de disfrutar, esto es, de percibir los frutos de la cosa. Tampoco habrá nadie tan necio que no conozca que las obligaciones son una cosa diferente de las cosas objeto de las mismas; pues ¿quién habrá que piense que la cosa que vende es una obligacion? Mas no es tan óbvio el manifestar la razon por qué se distingue la herencia de cada una de las cosas hereditarias. Lo que Justiniano dice de que el derecho hereditario es incorporal, Cayo en la *l.* 2. §. 1. *de rer. div.* lo dijo del derecho de sucesion, y Africano, *l. bonorum* 208. *de verb. sign.* manifiesta que bajo el nombre de herencia se comprendia el derecho de sucesion, no las cosas singulares. ¿Qué diremos pues? ¿Es por ventura la herencia el derecho de sucesion? Si se toma figuradamente por aquel derecho que se adquiere, ó puede adquirirse por medio de la sucesion concedo que lo es; pero si se toma en un sentido propio lo niego. ¿Pues qué otra cosa es el derecho de sucesion que el derecho de suceder? El derecho de suceder, empero, proviene, ó del testamento, ó de la ley, y lo tiene el heredero antes de adquirir la herencia; mas esta no la tiene hasta despues de haberla adido, *l. delat.* 151. *de verb. sign.* §. *ult. de hær. qual tot. tit. de acq. hær.* El que muere dentro el año transfiere el derecho de suceder á sus herederos; mas no así la herencia, *l. cum in antiquioribus* 19. *de jur. del.* Una cosa, pues, es el derecho de sucesion; y otra la herencia. ¿Pero es esta herencia la misma sucesion? Ciertamente nuestros autores la definen diciendo ser la sucesion en el derecho universal que tuvo el difunto, *l. nihil.* 24. *de verb. sign. leg. hæreditas* 62. *de reg. jur.* Pero debemos confesar que esto se dice de la herencia en un sentido impropio; puesto que la sucesion no consiste en ella, sino en la sucesion de la herencia por cuanto el acto de suceder no es propio de esta, sino del heredero; por lo que, á cada paso se llama á este sucesor del derecho universal. De la misma manera la posesion de bienes se define el derecho de reclamar el patrimonio, *l.* 3. §. 2. *de bon. poss.*; y no por esto es un derechó, sino que despues de conseguida se lo dá al poseedor de bienes. Esto es evidente por sí, y lo confirma por otra parte lo que acerca de la posesion de bienes, que en su efecto es lo mismo que la herencia, dice Ulpiano en *d. l.* 3. *in pr.*, que los bienes que se han de recibir son la sucesion de una universidad, en virtud de la cual se sucede en el derecho del difunto, y se suportan sus ventajas y cargas. En el derecho, empero, del difunto y en sus derechos y obligaciones sucede, no la herencia ó la posesion de bienes, sino el heredero ó poseedor de los mismos; y para decirlo en una palabra, la herencia, como las demás cosas es el objeto de la adquisicion, y la cosa de cuya adquisicion se trata; la sucesion, el modo por el que aquella se adquiere; y el derecho de suceder aquel derecho en virtud del cual puede adquirirse y obtenerse una herencia deferida. Por lo que, Teófilo define muy bien la herencia diciendo ser un derecho en virtud del cual uno se hace señor universal de un patrimonio de otro; pues no produce este efecto la herencia, sino la sucecion ó sea la adicion de aquella, y este mismo patrimonio ageno no es otra cosa tomada en conjunto, que la misma herencia. Malamente reprende Hotomano á M. Tulio Ciceron por no haber segun él definido con bastante exactitud ni enteramente conforme á la sutileza del derecho la herencia cuando dijo que esta *era unos bienes que por muerte de alguno tocaron á otro, y que no los ha retenido por habérselos legado en testamento ó por la posesion*; pues segun dice Hotomano la herencia *no la constituyen los bienes, sino el derecho de adquirir los mismos, ó sea el derecho de suceder*. Con lo que ya he dicho puede verse con cuanta mas exactitud y sutileza la definió Ciceron que Hotomano. Ni por la palabra *pecunia* que puso Ciceron como á género de su definicion debe nadie criticarla, puesto que nuestros autores atestiguan que bajo dicha palabra vienen comprendidas todas las cosas así corporales como incorporales, *l. pecuniæ* 222. *de verb. sign.* pues todo lo que los hombres poseen en la tierra se llama *pecunia*, ya sean siervos,

campos, muebles ó rebaños: todo esto siempre toma este nombre, como entre los griegos la palabra χρήματα. Olimpiodoro *in Phædon. Plat.* ἄλλοι φάσιν ὅτι χρήματα καλεῖ ὁ Πλάτων πάντα χρήματα, es decir, algunos dicen que Platon llamaba χρήματα á todas las cosas ó bienes. Tampoco me parece conforme ahora la opinion de Donelo, aunque en otro tiempo la seguí, cuando dice en la *l.* 6. *comm.* 2. que la herencia es la misma cosa que sucede en el derecho universal del difunto, por cuanto la herencia yacente en ciertos casos se finje que hace las veces de la persona del difunto y del dueño, *l. hæreditas* 34. *et l. hæreditas* 61. *de acq. rer dom.*; pues bajo aquel aspecto no puede la herencia llamarse una cosa que esté sujeta á adquisicion mas de lo que puede decirse que sea el mismo difunto cuya persona se supone que representa. Es manifiesto que la herencia no es otra cosa que el patrimonio de un difunto con sus cargas, como en tres palabras la define Grocio 2. *manud.* 11.; de modo, empero, que con dichas palabras se manifiesta una universalidad, y se comprenden todos los bienes del difunto, derechos y obligaciones á la vez, no cada cosa por serado, *l. bonorum* 208. *de verb. sign.*, y en ente sentido pienso que se llama derecho y se opone á los cuerpos que están en la herencia.

Eodem numero sunt et jura prædiorum). Las servidumbres de los prédios aunque estén unidas á los cuerpos son, con todo, incorporales puesto que el derecho del prédio no es una parte de este, sino úna cantidad, *leg.* 24. *de serv. l.* 4. *in pr. si sirv. vind. l. quid aliud* 86. *de verb. sign.* Lo que dice; empero, el emperador que las servidumbres de los prédios se llaman tambien derechos, no debe entenderse de modo que sea lo mismo derecho que servidumbre; puesto que las servidumbres propiamente no son un derecho sino una privacion y disminucion del mismo *l.* 5. §. *et belle* 9. *de op. nov. nunt.*; sino como que son referentes entre sí, y los derechos tengan la fuerza activa, y las servidumbres la pasiva. Con respecto pues de aquel á quien se debe, por ejemplo, la servidumbre de senda se llama derecho; pero con respecto á aquel que la debe es servidumbre, y disminuye su derecho: en aquel la servidumbre se llama activa, y en este pasiva. VINN. Son las servidumbres absolutamente derechos de los prédios; á saber, de los prédios dominantes, por cuanto el prédio sirve al prédio; pero no todos los derechos de los prédios son servidumbres, puesto que hay muchos otros además de estas; tales como son la bondad, salubridad y extension de los mismos, *l.* 86. *de V. S.* Y tambien el derecho de cazar, cocer cerveza y otros que no imponen necesidad ninguna al prédio vecino de permitir alguna cosa, ó dejarla de hacer. HEIN.

TITULO TERCERO.

De las servidumbres de los prédios rústicos y urbanos.

CONC. CON EL DIG. LIB. 8. TIT. 1. Y 2. Y CON EL COD. LIB. 3. TIT. 34. (a).

1. *Definicion de la servidumbre y explicacion de la misma segun la entendemos aquí.*
2. 4. *Especies de las servidumbres. Qué cosa sea servidumbre de los prédios, y qué requisitos exije?*
3. *Todas las servidumbres de los prédios deben tener una causa perpétua, y qué es lo que por esta entendian los griegos?*

Las palabras *servidumbre y libertad* se dicen tambien de las cosas inanimadas y de los brutos; pero figuradamente y en un sentido muy diverso de cuando se dicen de una persona en el tratado del estado de los hombres. Allí las personas sirven á su dueño, y es libre aquel que no tiene señor, pero se dice que sirven no aquellas cosas que sirven á su dueño, sino aquellas que no pueden prestar todas las utilidades al mismo, ó que están obligadas á prestar alguna á otro que no es su dueño (b), llamándose libres las que prestan

(a) Tit. 31. P. 3.
(b) L. 1. tit. 31. P. 3.

todas sus utilidades á solo su dueño, *leg. qui uti 90. de verb. sign.* Pues lo que el señor percibe de su cosa parece que esta se lo presta espontáneamente, y lo hace con cierto instinto de voluntad, como que esté destinada por la naturaleza para quererlo así; pero cuando está obligada á permitir que otro perciba alguna ventaja se considera que sirve, como que ha perdido la primera facultad que le hacia las veces de libertad. Es, pues, viciosa la division por la que se divide la servidumbre en tres especies; en meramente personal, meramente real, y mixta; pues la personal meramente que es la de los hombres, y la sola que se llama propiamente servidumbre no puede unirse como especie del mismo género á las otras que solo por analogía son lo que se llaman. Así que, la servidumbre cual aquí la entendemos, es un derecho constituido en una cosa agena en favor de otro, por el que el señor de la misma está obligado á permitir en ella alguna cosa, ó á no hacerla en utilidad de un tercero. Dícese que la servidumbre es un derecho con respecto á aquel en favor de quien está constituida; y así veo que en todas sus especies la definen nuestros autores, en la servidumbre de senda, en la de carrera, en la de vía, y en la de acueducto, *hoc tit. in pr. et l. 1. de serv. præd. rust.*, en las servidumbres de los prédios urbanos, *§. seq. et l. 2. de serv. præd. urb.* y en el usufructo, *pr. tit. seq. et l. 1. de usufr.* (a). Mas en su esencia y con respecto á aquel que la debe la servidumbre no es un derecho sino una privacion y disminucion del mismo, *l. 5. §. 1.* y muy bien en la *l. 9. de op. nov. nunt.* Digo que es un derecho por el que el señor está obligado á permitir, ó á no hacer algo en su cosa, segun la naturaleza de todas las servidumbres, *l. quotiens 15. §. 1. de serv.* A permitir en su cosa; por ejemplo, á que otro use y disfrute de la misma, á que pase por su fundo, ya solo, ya conduciendo un carro, ya conduzca agua por él, ó ya meta una viga en su pared. A no hacer; por ejemplo, á no edificar mas alto, ó á no poner en terreno propio cosa ninguna que perjudique las luces ó vista de la casa de otro. La servidumbre no puede nunca constituirse de modo que uno esté obligado á hacer alguna cosa, por ejemplo, á cortar los árboles para la vista del vecino, ó á pintar su fundo para hacerlo mas agradable, *d. l. 15. §. 1.*; pues esto seria una obligacion, y no la constitucion de una servidumbre; por lo que, enagenado el prédio no seguirá la accion al nuevo poseedor, como sucede cuando está constituida una servidumbre, *l. cum fundo 36. de serv. præd. rust. l. neque 19. quib. mod. us. am.*; sino que se dará una accion personal contra aquel que permitió hacerlo ó su heredero, *l. actionem 25. de obl. et act.*, en aquello que interese sino hiciere lo prometido, segun tiene lugar en toda obligacion de hacer, *l. 13. in fin. de re jud. l. stipulationes 72. de verb. obl. §. ult. infr. eod.* Solo hay la servidumbre *oneris ferendi* que se diferencie algun tanto de la naturaleza de las otras; sobre la cual hablaremos en el *§. 1. inf. hoc. tit.* Lo que dije de la utilidad es el fin de la servidumbre, puesto que no hay ninguna que no se constituya en utilidad nuestra, ó á lo menos en nuestro placer, *d. l. 15. in pr. de serv. l. 3. de acq. quot. et æst.* (b). No se requiere, con todo, precisamente que la utilidad sea en el acto, sino que basta que por naturaleza sea el derecho tal que en algun tiempo pueda usarse de él; y en este sentido debe entenderse con Duareno la *l. pen. de serv.*

2. Dos son las especies de estas servidumbres; pues las hay unas que son de cosas ó prédios, á las que segun el modo comun de hablar se les da el nombre del género, y las hay otras propias de las personas. (c). Distinguense de este modo, no por la cosa que debe la servidumbre sino por aquella á quien se debe. Llámanse prediales aquellas que se deben á los prédios, y personales las que se deben á las personas: de las primeras se trata en este título; de las segundas en el inmediato y siguientes. Servidumbre predial es aquella que se impone á un prédio ageno para utilidad del prédio del vecino. Dos prédios, pues, se requieren aquí, por causa de uno de los cuales se imponga la servidumbre al otro; que el uno domine y el otro sirva, *l. 1. §. 1. com. præd. §. 3. inf. hoc tit.* Requiérese en estos prédios la vecindad, y no solo en los rústicos como lo piensan Vulteyo y Juan en la *l. 5. de serv.*, sino tambien en los urbanos. Con todo, no calculamos la vecindad por la union ó contigüidad de los prédios, sino por la comodidad de los mismos, con tal que el intermedio ó distancia que haya entre ellos no impida ni perjudique el libre uso de la servidumbre, *l. 7. §. 1. ult. l. ult. de serv. rust. præd. l. 7. §. 1. com. præd. l. 1. de serv. præd. urb. l. 4. §. ult. si serv. vind. l. servitutes 14. §. ult. de serv. l. si prius 17. §. 3. de aq. pluv. arc.* Duar. y en *d. l. 14 §. ult.* Don. 11. *comm.* 2.

(a) L. 1. D. 1. 1.

(b) L. 1. tit. 31. P. 3. y l. 2. d. tit.

(c) L. 1. tit. 31. P. 3.

3. Todas las servidumbres prediales, segun establecen los antiguos, deben tener una causa perpétua, *l. foramen* 28. *de serv. præd. urb.* Se considera perpétuo segun ellos aquello que se deriva de una causa natural, aun cuando no sea contínuo, por ejemplo, el agua de lluvia proviene de una causa natural, aun cuando no siempre llueva, *d. l.* 28.; pues aquello que sucede naturalmente se considera perpétuo, aunque no sucede sin interrupcion como los eclipses de luna, Aris. 4. *post.* 8. Tambien se considera perpétuo aquello que proviene de un hecho nuestro si se verifica por causa del prédio; por ejemplo, la inmision del humo, *l.* 8. §. *Arist.* 5. *de serv. vind.* Llámase causa de la servidumbre aquello para apartar lo cual, ó para tenerlo en nuestra cosa se ha constituido la servidumbre; por ejemplo, en las de estilicidio y acueducto, la causa porque se han establecido estas servidumbres es el agua: en aquella para que se aparte de nuestra cosa, y en esta para conducirla y tenerla en nuestro fundo, *d. l.* 28. *l.* 1. §. 4. *de font.*

4. Los intérpretes vulgarmente al distinguir las servidumbres en continuas y discontinuas, confunden la causa con la posesion. Fácilmente, pues, puede deducirse de la definicion anterior, que no se entiende servidumbre del prédio aquella, que aunque constituida en un prédio ageno lo está en favor de aquel que no tiene otro fundo, ó que no lo tiene vecino, *l.* 5. §. 1. *de serv. præd. rust. l. Mela* 14. §. *ult. de alim. leg.*, ó que aun cuando lo tenga no está constituido por causa y utilidad del mismo prédio, *l. si ædes* 38. *de serv. præd. urb. l.* 6. *in pr. et* §. 1. *de serv. præd. rust.* Y aquí se refiere lo que escribe Paulo en la *l.* 8. *de serv.* que no puede imponerse una servidumbre para que sea lícito cojer la fruta, ó pasear, ó cenar en terreno ageno, puesto que estos derechos no se constituyen por causa de nuestro prédio, ni le mejoran en nada. Si pues alguno concediere á otro el derecho de hacer estas cosas en su fundo deberá contarse esto entre las servidumbres personales. De ahi es tambien que no se considerarán servidumbres prediales si al tiempo de su constitucion se ha designado la persona á quien deben prestarse, aunque estén constituidas en utilidad del fundo, *l.* 4. *de serv. præd. rust.* Así alguna vez por accidente sucede que se altera la naturaleza de la servidumbre: véase á Cores, *d. l.* 8. Don. 9. *comm.* 21. Finalmente, así como hay prédios rústicos y urbanos, asi tambien las servidumbres inherentes á los mismos son, ó rústicas ó urbanas. Prédios rústicos son los lugares en que no hay edificios; en la ciudad el área y en la campiña un fundo, *l. fundi* 211. *de verb. sign.*; pues no se distinguen, segun veremos despues mas latamente, por el lugar sino por la materia y género (a).

« Por derecho español está admitida la division de las servidumbres en continuas y discontinuas, *l.* 15. *tit.* 31. *P.* 3. Division que no encontramos en el derecho romano y de la que hablaremos mas abajo en el §. 4. *de este tit.* »

TEXTO.

De servitutibus rusticis.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumento agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: sed qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi hominis; nam iter et actum via in se continet. Aquæductus est jus aquam ducendæ per fundum alienum.

TRADUCCION.

De las servidumbres rusticas.

Los derechos de los prédios rústicos son estos: el de senda, carrera, via y acueducto. La senda es el derecho de ir y pasear que tiene uno: pero no el de conducir un jumento ó una carreta. La carrera el derecho de conducir un jumento ó una carreta. Así que, aquel que tiene la senda no tiene la carrera; pero aquel que tiene esta tiene tambien la senda, y puede haber uso de ella, aun sin jumento. La via es el derecho de conducir un carro y pastorear, pues comprende la senda y la carrera. El acueducto es el derecho de conducir el agua por un fundo ageno (b).

NOTAS.

Ambulandi.) De ir y volvér, ó sea dirigirse por medio de un prédio ageno directamente al suyo; de pasearse; esto es, con objeto de distraerse, retirarse á los lugares apartados, ir y volver por el mismo camino; lo que sin embargo no se considera aquí como un derecho principal, sino como una accesion del mismo, y asi no obsta la *l.* 8 *de serv.*

Non etiam jumentum). Puede ir á caballo de un jumento, pero no puede llevarle cargado.

Etiam sine jumento). Y esto por voluntad tácita del constituyente, *arg. l.* 21. *de reg. jur.* Lo contrario sucederia si se hu-

(a) L. 1. tit. 31. P. 3.
(b) L. 3. con la sig. tit 31. P. 3.

biese convenido otra cosa expresamente, *l.* 4. §. 1. *si serv. vind.*

Via in se continet). Del mismo modo que el todo sus partes, *arg. l.* 15. §. 1. *D. de accep.* Así que, no puede concebirse la servidumbre de vía sin el derecho de senda, *l.* 13. *D. de servit.*; ni debe mudarse nada en la definicion de la misma, en la que se comprenden las dos anteriores. Sobre las diferencias entre la carrera y la vía véase á Cuj. 22. *obs.* 35. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 12. §. 4. *de S. P. R.*

COMENTARIO.

1. *Aquel que tiene la servidumbre de senda no puede ir en coche contra lo que dice Cepolla.*
2. *Si es permitido al que tiene la servidumbre de senda el pasearse por recreo ó por salud, ó el llevar el caballo de la mano para poder montar en él.*
3. *Aquel que tiene la servidumbre de carrera puede llevar por ella ganado mayor, sin que por esto en vez de* jumentum *haya de ponerse* armentum.
4. *En la definicion de la carrera piensa malamente Hotomano que se ha de poner en vez de* vel vehiculum, non etiam vehiculum.
5. *Si en la carrera vá comprendida la servidumbre de senda sin jumento?*
6. *No debe mudarse nada en la definicion de la vía, y qué diferencia hay entre esta servidumbre y las de carrera?*
7. *Pónense algunas cosas dignas de observacion acerca de la servidumbre de acueducto.*

Llámanse servidumbres rústicas las que están inherentes á los prédios rústicos; y son muchas mas de las que aquí se enumeran. Donelo 11. *comm.* 6. para mayor claridad de la doctrina las reduce á tres especies; pues como elegante y eruditamente manifiesta, ó se dirigen á que por medio del fundo ageno llegue ó se agregue algo al nuestro; ó á que sea licito tomar del vecino lo que sea necesario para el uso de nuestro prédio, ó de los rebaños que por causa del mismo se tienen; ó á que se libre nuestro prédio de la carga que sobre él pesa. A la primera especie pertenecen las cuatro que explica aqui Justiniano, insiguiendo á Ulpiano, *l.* 1. *de serv. præd. rust.* De la segunda se encuentran ejemplos en el §. 2. *infr.* y en *d. l.* 1. §. 1. *eod.* y de la tercera en la *l.* 3. §. 1. *et* 2. *eod.*; y tambien la que se propone en la *l. is quid.* 29. *eod.* para que sea licito abrir un surco para sacar el agua de nuestro prédio, y conducirla al del vecino. Cada una de ellas la explica detenidamente Donelo en *d. cap.* 6. *et* 2. *seq.*

1. *Iter est jus eundi ambulandi*). En el derecho de senda se comprende el ser llevado con una litera ó silla de manos, y tambien el ir á caballo. *l.* 7. *l.* 12 *eod.* (a), pues ha parecido no haber diferencia ninguna entre que uno haga uso para andar de sus pies ó de los agenos. Mas lo que Cepolla, *de serv. rust. præd. cap.* 1. *n.* 4. *y* 5., piensa que aquel que tiene la servidumbre de senda puede tambien ir en coche tirado por dos caballos, con tal que no ponga otra cosa en él no creo que pueda defenderse. Pues no es igual el ser llevado en litera que conducen los criados, ó en coche que arrastran los caballos. El tirar estos del coche no es andar, ni propio de aquel que tiene la servidumbre de senda sino del que tiene la de carrera ó vía.

2. *Ambulandi*). Esto es, de ir á una y otra parte, de ir á nuestro fundo y volver todas las veces que queramos. ¿Y podremos tambien hacerlo para distraernos, por solo placer ó por nuestra salud? Así lo piensa Cujacio, 22. *obs.* 35.; pero para pasearse en un fundo ageno con objeto de distraerse no puede imponerse una servidumbre al prédio; pues esto dirige á la voluntad de la persona, no á la utilidad de este, *l.* 8. *de serv.* Por lo que, Hotomano piensa que con la palabra pasear no se significa otra cosa que el paseo para las cosas del prédio, útiles ó necesarias al mismo prédio ó á aquellos que deben morar en él. Con todo, creo que puede decirse que este derecho debe concederse no como un derecho principal, sino como una accesion del otro. La glosa refiere la palabra *ir* á aquel que vá solo, y la de *pasear* á aquel que vá en compañía de otro; lo que hace tambien Cepolla *d. cap.* 1. *num.* 2., y sigue Schneid. *hic. n.* 11. Pero si lo que está concedido á uno lo hiciese extensivo á mas será mas gravosa la servidumbre, por cuya razon Porcio reprende aquí á la glosa, aunque á aquel que tiene la servidumbre de senda no debe prohibírsele el ir con otro si la compañia de este mira la utilidad del prédio de aquel á quien se debe la servidumbre; como advierte muy bien Busio, *l.* 1. *de serv. præd. rust.* Vinn. Unense aquí estas dos palabras *ir*, *pasear*, del mismo modo que en otras partes, *usar disfrutar*, *doy lego*, *nexus mancipium*, *sarta tecta*, *ruta cæsa*, *usus auctoritas*. Y no son sinónimas estas palabras, sino que las mas de las veces se une lo menor al mayor, como con el ejemplo del usufructo nos lo enseña claramente el ilustre Ger. Nood. *de usufr. l.* 1. Ir es dirigirse mas allá, y con objeto comunmente de algun negocio; pasear es ir y volver por sola distraccion y sin objeto ninguno por el mismo lugar, Auson. Popma. *de differ. verb. lib.* 1.

(a) D. L. 2.

j. m. 50. El sentido, pues, es que la servidumbre no concluye con la necesidad, sino que el dueño del prédio dominante puede siempre hacer uso de ella, ya sea para sus negocios, ó solo para recreo. Pero estipular el derecho de pasear por solo recreo repugnaria enteramente al fin de la servidumbre, *l.* 8. *de serv.* HEIN.

Hominis). Empero dijimos que aquel que tiene la servidumbre de senda puede ir tambien á caballo; mas en este caso tenemos en consideracion al hombre que se sirve del jumento, y no á este por sí solo. Si se pregunta porqué se hace mencion del hombre aqui, siendo así que la senda es servidumbre predial y no personal, responderemos que es para que no se comprendan los rebaños, los que cuando son conducidos se dice tambien que *van*, además que no se designa aqui una persona cualquiera, sino tan solo aquella que tiene el prédio, en cuyo favor está constituida; pues esta servidumbre no se llama predial porque no competa á la persona, sino por comparacion á los derechos meramente personales que no competen á otro que al que tiene un prédio.

Non etiam jumentum agendi). Así tambien se expresan Ulpiano *l.* 1. *hoc. tit.* y Paulo *l.* 7 *eod.* Sin duda debe esto entenderse de los jumentos que son conducidos cargados, pues si uno prefiriendo ir á pié baja en el camino del caballo, y lo conduce con la mano, ¿por qué no ha de serle esto lícito, y por qué no ha de serlo tambien el que el criado le lleve el caballo al dueño para que á su vuelta pueda montar en él? *arg. l.* 12. *eod.*

3. *Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum*). *D. l.* 1. *eod.* Bajo la palabra jumento no se comprenden los bueyes. Así se respondió en la *l. ædiles* 38. §. *jumentorum* l. *et* 2. *seq. de æd. edict.* 1. *legatis* 65. §. *antepen. de legat.* 3. *l. boves* 89. *de verb. sign.* Paul. 3. *sent.* 6. Columela á cada paso diferencia los bueyes de los jumentos, caballos, asnos y mulos, como en el libro 1. *c.* 6. *lib.* 6. *c.* 19. A aquel, pues que tiene la servidumbre de carrera ¿le será lícito conducir por ella los bueyes y en general todo ganado mayor? Ciertamente que podrá; pues expresamente escribe Modestino que la carrera es aquella por donde es lícito pasar ganado mayor, *l.* 12. *de serv. præd. rust.* y bajo estas palabras vienen principalmente comprendidos los bueyes. Ni por esto es necesario que con Hotomano pongamos *armentum*, en vez de *jumentum* contra lo que se encuentra en todos los ejemplares; pues la palabra *jumento* puede tomarse aqui de modo que comprenda tambien á los bueyes, á los que Isidoro comprende entre los jumentos *lib.* 12. *c.* 1., y lo mismo Columela parece darles tambien el nombre de jumento por etimología, pues escribe en el *l.* 6. *c.* 3. *que los jumentos derivaron su nombre de que ayudan nuestros trabajos*, ó conduciendo carga, ó labrando. Jumento, pues, es αχθοφόρον κτῆνος ἢ ὑποζύγιον, es decir una bestia de carga, que lleva peso, y es domada con el yugo; ¿y no podemos decir tambien que solo por via de ejemplo se ha hecho mencion del jumento? Pues, ya se ponga *armentum*, ya se conserve *jumentum*, no se comprenderá en las palabras de la definicion el paso de las ovejas, cabras y demás ganado menor, al cual conviene propiamente la palabra rebaño, y no la de ganado mayor, ó jumento, *d. l.* 81. §. *armento* 1. *de legat.* 3. *d. l.* 58. §. 4. *de æd. edict. l.* 1. §. *ul. de rei vind.*

4. *Vel vehiculum*). Dice tambien aquí Hotomano que debe leerse, *non etiam vehiculum*; pero con demasiada ligereza, pues que no solo en este lugar, sino en muchos otros se dice por los antiguos, que el derecho de conducir un carro está comprendido en la servidumbre de carrera, y lo mismo se deduce manifiestamente de la *l.* 13. §. 1. *de accept.* Efectivamente, sino fuese propio de la servidumbre de carrera, sino tan solo de la de vía el conducir un carro no debió el jurisconsulto librar á aquel que prometió la servidumbre de vía, habiendo el estipulante de esta tan solo aceptado la de senda, y de carrera. ¿Con qué pruebas, empero, se trata de combatir lo que tan constantemente se dice? No con otras, sino porque de otra suerte no habria diferencia ninguna entre la servidumbre de carrera y la de vía. Pero manifestaré la falsedad de esto al explicar la definicion de esta última. En nada favorece á Hotomano lo que dice Pomponio en la *l.* 13. *de serv.* que si se hubiese concedido la servidumbre de vía, habiéndose designado un lugar tan estrecho que solo pueda conducirse un jumento, y no un carro, no se entenderá adquirida aquella sino la servidumbre de carrera, pues que no á la manera qué la servidumbre de vía comprende siempre y por su naturaleza entrambos derechos, el de conducir un jumento y el de llevar carro, los comprende tambien la de carrera, sino que alguna vez solo comprende el primero, y no este; por ejemplo, si expresamente se convino que la servidumbre de carrera fuese sin el derecho de carro; ó tácitamente ha tenido esto lugar como en el caso de *d. l.* 13. *de serv.* Y las mismas palabras de esta definicion lo manifiestan bas-

tante; pues que en ellas se atribuyen á la servidumbre de carrera, no entrambos derechos á la vez, sino ó este ó aquel separadamente, y así los Griegos traducen la carrera menos plenamente diciendo, ἁμαξιτὴν ὁδὸν, esto es, camino por el que pueda pasar un carro. VINN. Parece haber dilucidado esto el ilustre Corn. van. Bynkershock *obs. IV.* 7. en donde manifiesta que por *vehiculum* debe entenderse una carreta que suele llevarse de la mano, lo que tambien exige el espacio de cuatro pies al que estuvo circunscrita la servidumbre de carrera, segun Varr. *de L. L. IV.* 4. HEIN.

5. *Uti potest etiam sine jumento*). Lo mismo se dispone en *d. l.* 4. *eod. l.* 2. *quemad. serv. am.* y manifiesta ser verdadero la *l. qui usumfructum* 58 *de verborum oblig.*, en donde Juliano dice que aquel, que habiendo estipulado la servidumbre de carrera, estipulare despues la de senda, nada hará con esta estipulacion, á la manera de aquel que habiendo estipulado 10 estipula en seguida 5, lo que se dice tambien en Ulpiano, *l.* 9. §. *ult. de novat.* Seria falso, empero, si la carrera no comprendiese tácitamente el derecho de senda por separado, ó sea el de ir sin jumento. No entendemos, con todo, esto de modo que la senda esté separada de la esencia de la carrera y de modo que sin ella pueda esta subsistir, ó no constituirse; sino que lo decimos porque constituida la servidumbre de carrera, regularmente y por la tácita voluntad del constituyente, se entienda tambien concedida la senda sin jumento, *arg. l. non. debet* 21. *l. in eo* 440. *de reg. jur. c. cui licet eod. in* 6. Por esta razon se expresa en la definicion de la carrera solo el derecho de conducir, y no el de ir ó pasear, agregándose á esto que si la carrera contuviese esencialmente la senda de la que hacemos uso sin el jumento, seria enteramente inútil la convencion en la que se constituye la carrera sin la senda, contra la *l.* 4. §. 4. *si serv. vind.* No obsta lo que leemos en Paulo de que legada la servidumbre de carrera se quita en vano la de senda, *l.* 4. *de adim. leg.*; pues la razon que aquí se dá prueba claramente que el jurisconsulto habla de la senda necesaria para hacer uso de la misma carrera, cuando conducimos un jumento ó carreta, pues dice que se quita inútilmente la senda, porque nunca puede sin ella subsistir la carrera. No podria parecer que se hubiese quitado de este modo la servidumbre de senda sin jumento, por cuanto no se ha legado por separado, y así mas bien puede decirse que se ha dejado la servidumbre de carrera en su naturaleza y como es regularmente. Con todo, si el testador expresamente quitare esta servidumbre de senda: esto es, prohibiere claramente el pasar sin jumento no hay duda ninguna que será útil esta prohibicion, *arg. d. l.* 4. §. 4. *si serv. vind.* Hay en el caso propuesto casi la misma razon entre la senda y la carrera, que entre el uso y el usufructo; pues aunque el uso viene comprendido en el usufructo, y por consiguiente legado esto no puede prohibirse aquel, *l.* 14. §. 4. *de us. et hab.*; con todo, nada impide separar expresamente el uso del usufructo, *l.* 5. §. 4. *usuf. quem. cav.* De ahí se deduce ya lo que debemos pensar de lo que opina Antonio Fabro, quien en la *l.* 1. *conj. c. ult.* no vacila en considerar estas palabras, *eoque uti potest etiam sine jumento*, palabras que se encuentran en tantos lugares, como una añedidura de algun ignorante intérprete: véase á Donelo 11. *com.* 6.

Via est jus eundi, agendi, ambulandi). La servidumbre de vía, como se dice en seguida; comprende la de senda, y la de carrera, esto es, está esencialmente constituida de estas dos, *arg. l.* 45. §. 4. *de accept. l.* 2. *si serv. vind.*; y por esta razon, todo lo que está en las definiciones de la senda y de la carrera debe comprenderse en la de la vía: lo que observa cuidadosamente Ulp. en la *l.* 4. *de serv. præd. rust.*, y Justiniano aquí. Admírame, pues, que algunos varones doctísimos como son Conn. 4. *comm.* 11. y Don. 11. *com.* 6. en vez de la palabra *eundi* pongan *vehendi*, movidos tan solo por la etimología, y palabra definida, á la que Varron 4. *de ling.*, hace derivar *à vehendo*, y por la analogía de las definiciones precedentes; pues que si así se hiciere se repetiria dos veces una misma cosa; puesto que la palabra *agere* comprende tambien la conduccion ó transporte, *l.* 4. §. 4. *de serv.*

6. ¿Qué es, pues, lo que comprende de mas la servidumbre de via que la de carrera? En primer lugar que la de via comprende esencialmente la de senda, de modo que sin esta no puede entenderse ni constituirse la via, en lo que se diferencia especialmente de la carrera, que puede estar separada de la senda. Tambien se diferencia en que la via nunca puede constituirse sin el derecho de conducir un carro, y la carrera si, *l.* 13. *de servit.*; igualmente en que aquel que tiene la servidumbre de via puede vindicar por separado, ó la senda, ó la carrera, ó entrambas á la vez, ó en una palabra la via; pero aquel que tiene la de carrera no puede vindicar por separado ni la senda, ni á la vez esta y la carrera sino tan solo es-

última, Cuyacio 22. *obs.* 35. *l.* 44. §. 6. *de exc. rei jud.* Hay tambien algunas otras diferencias menos principales, pues aquel que tiene la servidumbre de vía puede llevar piedras y vigas y una hasta levantada, de modo que no eche á perder los frutos, lo que segun pensaron muchos no puede hacer ni la es licito al que tiene la de carrera, *l.* 7. *de serv. præd. rust.* Con todo, puede sin este derecho constituirse la vía. El que la servidumbre de carrera y la de via se diferencien alguna vez en su anchura es accidental; véase la *l.* 8. *l.* 13. §. 2. *eod.* Tuld. *comm. hic.* 11. VINN. Nada hay mas cierto que lo que se dice que en la definicion de la vía ha de leerse en vez de *eundi, vehundi*; de otra suerte no habria diferencia ninguna entre la via y la carrera: véase al esclarecido varon Cornel. á Bynkers. *obs.* 47. HEIN.

Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum). *D. l.* 1. *eod.* Esto suele hacerse, ó por medio de canales ó conductos, ó bien estrechando el rio en su longitud para que fluya el agua, *l.* 1. §. 2. *de riv.* El agua que se conduce puede ser ó pública ó privada. A cualquiera es licito utilizarse del agua pública, por ejemplo, de la procedente de un rio público, á no ser que lo prohiba el emperador ó el senado, ó que esté destinada á un uso público como en el caso en que el rio fuese navegable, ó con su agua se haga otro navegable, *l.* 2. *de flum. l.* 10. §. *ult. de acq. pluv. arc.*, ó cuando hay peligro de que se seque, aunque no sea navegable, *d. l.* 1. §. *non autem* 12. *de flum.* Tampoco es licito sin el permiso del principe el sacar agua pública de un castillo, de un torrente ó de otro cualquier lugar en el que se deposite, *l.* 1. §. *permittitur* 41. *et* 2. *seq. de aq. quotid.* Para conceder el derecho de conducir el agua privada, ya sea de una fuente, de un rio, ó de pozo, no solo debe atenderse á la voluntad de aquel en cuyo terreno nace el agua, sino tambien á la de aquellos á quienes pertenece el uso de la misma; esto es, á los que se debe la servidumbre de ella, pues como se trata aqui de disminuir su derecho, aquello que interesa á todos debe por todos ser aprobado, *l.* 8. *de aq. pluv. arc. l. ult. C. de auct. præst.* (a). Lo que debe observarse aquí generalmente es que ninguno que no tenga una servidumbre constituida por el dueño del fundo pue deconducir agua pública ó privada á su fundo por medio del ageno, *l. quemadmodum* 29. §. 1. *ad leg. Aquil. l.* 2. *Cod. de serv.* N nadie puede tampoco prestar á otro el agua que por este medio obtiene, si no se hiciere esto convenio expresamente, *leg. ex meo* 24. *l. cum essent* 33. §. 1 *de serv. præd. rust.* Tambien es preciso que se conceda este derecho para un uso determinado del prédio, pues que si se hubiese concedido de modo que el agua pueda conducirse á cualquier parte no será un derecho del fundo sino de la persona, *l. pen. eod. l.* 4. §. *præterea* 12. *de aq. quot.* Finalmente, ha de saberse que puede concederse el derecho de conducir, no solo el agua presente y corriente, sino tambien la que se busca, y no se ha aun encontrado, *l. Labeo* 10. *eod. hoc. t. l. ult. si serv. vind.* Wes. *par. hoc tit. n.* 2. Tulden. *commen. sup. de rer. div. c.* 11.

« En las leyes 3. *y* 4. *tit.* 31. *P.* 3., hállase establecida la misma doctrina que se explica en este párrafo. En la misma ley 3. se llama *senda* á la servidumbre de *iter*, *carrera* á la de *actus*, y *via* á la de *via*; añadiéndose que aquel á quien se debe la primera de estas servidumbres, puede ir en compañía de otros; de suerte, empero, que no vayan dos de frente, sino uno tras de otro, no de otro modo: lo que no lo hallamos establecido entre los romanos.»

(a) L. 3. d. tit. 13. P. 3.

TEXTO.

De servitutibus urbanis.

1. Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ, quæ ædificiis inhærent, ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, et si in villa ædificata sunt. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ, ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in cloacam, vel non recipiat. ne altius quis tollat ædes suas; ne luminibus vicini officiat.

TRADUCCION.

De las servidumbres urbanas.

Las servidumbres de los prédios urbanos son las que están inherentes á los edificios; y se han llamado así porque todos los edificios toman el nombre de prédios urbanos, aun cuando estén edificados en el campo. Las servidumbres de los prédios urbanos son estas: que el vecino sostenga la carga del vecino; que sea licito al mismo meter una viga en la pared del otro; que alguno reciba ó no reciba el estilicidio ó canales en su casa, area ó cloaca, que alguno no levante mas alto su casa; y que no perjudique las luces del vecino. (a).

NOTAS.

1. *Item urbanorum*). Está copiado de Ca-

(a) L. 2. tit. 31. P. 3.

yo, *l.* 3. *P. V.* en donde se encuentran otras servidumbres: véase la *l.* 4. *l.* 5. 4. 13. 16. *eod.*

Onera vicini). Por ejemplo, si la columna de tu casa sostiene el peso de las mias, y en esta servidumbre el dueño del prédio sirviente debe reparar la columna, *l.* 33. *d. tit. l.* 6. §. 2. *si serv. vind.*, por lo que se dice espúrea ó anómala esta servidumbre, *l.* 15. §. 1. *de servit.*

Vel non recipiat). O no recibo el estilicidio por derecho propio, ó por derecho de servidumbre. Por derecho propio; si por los estatutos de la ciudad está prohibido el dirigir las canales al prédio ageno; por derecho de servidumbre si los mismos estatutos permiten esto á todos; y asi me parece mejor que no segun piensan Cuyacio y Pacio. En qué se diferencian al estilicidio y las canales puede verse en la *l.* 20. §. 3. *et. seq. de serv. urb.* Varr. *lib.* 4. *de lingua c.* 5.

COMENTARIO.

1. *No es cierto lo que algunos dicen que solo se consideran prédios urbanos los edificios destinados á la habitacion.*
2. *Los prédios y derechos inherentes á los mismos, no se consideran simplemente, sino para los efectos del derecho, nunca se distinguen en consideracion al lugar que ocupan sino por su género, uso y fin.*
3. *Qué diferencia hay entre la servidumbre* (tigni, immittendi) *ó de meter una viga, y la de sufrir carga* (oneris ferendi), *y tambien entre la de volar* (projciendi) *y la de cobertizo* (protegendi)?
4. *Qué cosa sea la servidumbre de recibir las aguas de los tejados* (stillicidium), *y cuál la de recibirlas del canalon del tejado* (flumen)?
5. *De las servidumbres de recibir y no recibir las aguas de los tejados y de sus canalones.*
6. *Si el derecho de edificar mas alto es en algun caso servidumbre por sí solo?*
7. *Refútase latamente la opinion de Bacovio, que dice que el derecho de edificar mas alto, y el de no edificar son una sola y misma servidumbre.*
8. *La servidumbre de no quitar la luz es mas pingüe que la de no edificar mas alto, ó que la de luz.*
9. *Refútase la opinion de Cuyacio y Duarenosobre la servidumbre de luz.*

En este párrafo se trata de la otra especie de las servidumbres prediales; esto es, de las urbanas; y dice el emperador que son tales aquellas que están inherentes á los edificios, y que se han llamado asi porque toman el nombre de prédios urbanos todos los edificios, aunque estén construidos en el campo, lo que se dice tambien en muchas otras partes, *l.* 1. *com. præd. l. urbana familia* 166. *l. urbana prædia* 198. *de verb. sign.*; pues segun ya mas arriba advertimos de paso, esta distincion de los prédios se deriva, no del lugar que ocupan, sino de la materia ó especie de los mismos. *d. l.* Hay algunos que creen se deriva del fin, y estos cuentan entre los prédios urbanos tan solo aquellos edificios destinados á la habitacion; mas los almacenes que se construyen en el campo para depositar y custodiar los frutos consideran que deben tenerse por prédios rústicos, Cepolla *de serv. urb. cap.* 11. *n.* 2. Myns. Wes. Vult. *hic.*, pero muy bien reprueba esto á mi modo de ver Bacovio, por lo que hace al presente tratado. Supóngase sino, que uno de los dueños que tienen contiguos ó vecinos sus almacenes ha cedido en favor del otro, á quien tal vez es necesario el aire para separar sus granos de las pajas, *l. ult.* §. 1. *C. de serv.* la servidumbre de no edificar mas alto, ó bien el derecho de meter una viga en la pared de su almacen. Esta servidumbre á la verdad deberá llamarse urbana y no rústica; pues ¿qué diferencia hay entre que sea un almacen ú otro edificio el que no se edifique mas alto? En su constitucion, en su modo de perderse se observa siempre lo mismo, y siempre son iguales los efectos del derecho, ya al darlo en prenda, ya en la denuncia de nueva obra; y la razon no permite que una servidumbre de la misma especie se llame unas veces rústica, y otras urbana. No se opone á esto lo que escribe Neracio en la *l.* 2. *de serv. præd. rust*, que es servidumbre de un prédio rústico el poder edificar mas alto, y perjudicar al pretorio (casa de campo) del vecino. Pues el *pretorio* significa aquel edificio en que el señor cuando vá al campo habita separado de la habitacion del colono, segun consta por lo que dicen Columela, *de re rust. lib.* 1. *c.* 6. y Paladio *lib.* 1. *cap.* 8. y semejante prédio todos confiesan que es urbano, y aun cuando consideremos que bajo la palabra pretorio viene no solo comprendido un prédio urbano sino tambien algunas veces una casa rústica y destinada á la recoleccion de frutos segun piensa Goed. á causa de que Ulpiano en *d. l.* 198. *de verb. sign.*, haciendo una distincion, cuando enumera los pretorios entre los prédios urbanos, parece añade *aquellos que sirven tan solo para placer*, nadie es con todo tan ignorante que piense que Neracio en *d. l.* 2. *de serv. præd. rust.*, entiende bajo la palabra pretorio una casa destinada para guardar los frutos, ó sea un almacen el que no puede ser objeto de la servidumbre de volar (*protegendi*), de la que hace tambien mencion allí. ¿Por qué, pues, se dirá tal vez, Neracio llama rústica á la servidumbre impuesta á un pretorio? Lo ha

ce así porque habla segun su arbitrio, y sin tener en consideracion los efectos del derecho.

2. Para que esto se entienda mejor, debe saberse que los prédios y los derechos á ellos inherentes pueden considerarse de dos modos: ó *simpliciter*, de cuya manera nada impide distinguir los prédios por el lugar que ocupan, como hace Neracio; ó por los efectos del derecho, y de este modo nunca se distinguen por el lugar. Cuando se trata del derecho de hipoteca tácita que se concede al señor en las cosas introducidas por el inquilino en un prédio urbano, y no por las introducidas por el colono en un prédio rústico, *l.* 4. *l.* 7. §. 1. *in quib. cau. pign. tac.* entiéndense por prédios urbanos tambien las tiendas y establos que no están unidos á los edificios, segun el mismo Neracio *l.* 4. §. 1., y otros lugares que se arriendan en las casas de campo y aldeas. La casa rústica, y la habitacion del colono en esta materia se consideran prédios rústicos, *arg. d. l.* 98. *de verb. sign.* Tambien cuando se trata de la enagenacion de los prédios de los pupilos ó menores de 25 años, los que si son rústicos, ó están situados en el campo se prohibe por la oracion del emperador Severo enagenarlos sin decreto del juez, *l.* 1. *de reb. cor. qui sub. tut.*; lo que despues se hizo extensivo por la constitucion de Constantino á los prédios urbanos, *l.* 22. *de adm. tut.*, se distinguen los prédios por su fin y uso; y se consideran rústicos los huertos de verdura, ó viñas que se encuentran en la ciudad, y las casas edificadas por causa del fundo y de los trabajos campestres; pero los demás edificios, como son los establos, y demás que se dan en arriendo, aunque estén en el campo se consideran urbanos, como tambien los huertos de los edificios, de los que se saca muy poco ó ningun rédito, y mucho mas las areas, *d. l.* 489. *de verb. sign.*, en cuyo lugar Ulpiano interpreta aquella oracion de Severo, Cuyacio 7. *obs.* 24. Del mismo modo cuando se trata simplemente sobre á qué prédio pertenece una servidumbre, pueden tambien como este distinguirse segun el lugar que ocupan, pero si se trata de la fuerza y efectos del derecho en su constitucion, adquisicion, pérdida, dacion en prenda, ó denuncia de nueva obra en las mismas, (véanse de paso las *l.* 1. *l.* 6. *de serv. præd. urb. l.* 6. *leg.* 7. §. 1. *comm. præd. l.* 11. §. *ult. et l. seq. de pign. l.* 5. §. *et bellè* 9. *leg.* 14. *de op. nov. nunc.*) no se tiene en consideracion ninguna en el lugar que ocupan, sino que aquellas que están inherentes á los edificios se llaman urbanas, y rústicas las que lo están á un lugar que no hay edificio ninguno. Y como bajo este aspecto no hay ningun edificio que pueda ser objeto de las servidumbres rústicas, ni lugares libres de edificios que puedan serlo de las urbanas; de ahí es que en el caso presente todos los edificios, aun aquellos que hay en las casas de campo y en las aldeas, ya estén destinados para un uso urbano, por ejemplo, para la habitacion, para recibir viageros, ó hacer cualquier otra ganancia; ya a un uso rústico, como para depositar y custodiar los frutos, para recoger los rebaños, todos ellos se consideran prédios urbanos; y por lo contrario todos los terrenos en que no hay edificios, como el area en la ciudad, y los huertos destinados para placer, se tienen por prédios rústicos, acomodando la distincion del objeto á la naturaleza de las servidumbres. No creo que nadie haya tratado esto tan detenida y claramente. VINN. De este modo se entiende con facilidad lo que dice Paulo en la *l.* 3. *ff. de serv. que de las servidumbres de los prédios, unas existen en el suelo, otras en la superficie.* En aquel las servidumbres de los prédios rústicos, *l.* 15. *de serv. præd: rust.*; y en este las de los urbanos, *l.* 20. *ff. de serv. præd. urb.*; pues ninguna servidumbre de un prédio rústico presta utilidad al edificio, sino al fundo, y ninguna servidumbre urbana al fundo sino al edificio. Con todo, creo que hay algunos edificios que pueden llamarse rústicos, si fueren destinados tan solo al uso del campo, segun la ley *l.* 198. *ff. de V. S.*, y los lugares de Columela y Paladio por el mismo autor citados. HEIN.

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæc). Muchas otras servidumbres hay á mas de estas; pero la mencion de las mismas basta para manifestar lo que habia dicho antes de que eran servidumbres urbanas aquellas que estaban inherentes á los edificios. Donelo 11. *comm.* 4. ha dividido tambien estas servidumbres en tres clases segun su fin; pues las hay que están destinadas á ensanchar las casas vecinas, como son las de meter una viga, la de sostener carga, la de volar, la de cobertizo; otras tienen por objeto la comodidad interior de las casas; por ejemplo, el no edificar mas alto, el no quitar la luz, y el no impedir la vista: otras en fin el librar las casas de una carga; tal es el derecho de hacer una cloaca, el de sacar el humo, y el de arrojar al area del vecino las aguas del tejado, ó de sus canalones. Digno era esto al menos de que lo indicásemos

3. *Ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere.* Pro-

pónense aquí estas servidumbres como á especies diversas; y ciertamente se diferencian. En la imposicion de la servidumbre de meter una viga solo se trata que nos sea lícito meter un madero ó viga en la pared del vecino, de modo que descanse en ella, y la misma pared sostenga la carga de lo que en ella se ha metido, *l. malum* 242. §. 1. *de verb. sign.* Mas en la servidumbre de sufrir carga hay de mas que el vecino está obligado á reparar la pared ó columna, y á hacer de modo que pueda suportar el peso, *l. cum* 33. *de serv. præd. urb.*; en lo que degenera esta servidumbre y se considera como espúrea, pues que es contra la naturaleza de las servidumbres el que uno esté obligado á hacer algo en su cosa, *l.* 15. §. 1. *de servit.* Por esta razon, tambien, ya antiguamente pensaba Galo que no podia imponerse la servidumbre de modo que aquel que sufria la carga estuviese obligado á restablecer la pared, pero prevaleció la opinion de Servio que creia se podia hacer esto, *l.* 6. §. 2. *si serv. vind.*, lo que en el caso propuesto ha parecido que debia recibirse por consecuencia de aquello el derecho de que principalmente se trata. Y se trata de que mi casa tenga derecho de hacer pesar la carga sobre la pared del vecino, cuya servidumbre apenas puede subsistir sino se restablece la pared, y sino se la pone en disposicion de sufrir la carga. VINN. Casi todos los autores llaman á esta servidumbre espúrea, anómala, irregular; pero no sé si lo hacen con bastante fundamento. No parece que entre los antiguos hubiese duda ninguna en que ordinariamente el dueño del prédio dominante debia restablecer la pared, sino que disputaron del caso en que se hubiese puesto el pacto de que el dueño del prédio sirviente debiese repararla sobre si era válido esto. Negábalo Aquilio Galo porque era contra la naturaleza de la servidumbre, pero lo afirmaba Servio, cuya opinion prevaleció, habiéndola explicado Labeon como que no sirviendo el hombre, sino la cosa es lícito al dueño abandonar la pared, *l.* 6. §. 2. *ff. si serv. vind.* Asi que, la opinion de Servio no establecio en general que el dueño del prédio sirviente debiese reedificar la pared, sino en el único caso en que hubiese intervenido un pacto tal como este: *la pared que debe sostener la carga deberá conservarse del modo que está actualmente*, *l.* 33. *ff. de serv. urb. præd.* HEIN. De la misma especie es la servidumbre de volar, *l.* 1. *et l.* 2. *de serv. præd. urb.*, que consiste en que sea lícito adelantar desde nuestra casa una viga sobre el area del vecino; esto es, de modo que nada descanse en ella, sino en nuestra pared; ya se haga esto con el objeto de levantar un edificio sobre lo asi adelantado, ya con el de cubrir la pared, ó con el de construir algo allí, como por ejemplo, algun corredor ó algun alero, *d. l. malum* 242. §. 1. *de verb. sign.*; pues aquello que se adelanta con objeto de cubrir la pared para hacer sombra ó apartar las aguas de la misma se llama *alero in specie*; *d. l.* 1. *y* 2. *hoc tit.* Y así es como se distingue el *protectum* (alero) de *subgrunda* en el edicto *de his qui dej. vel effud. l.* 5. §. *prætor ait.* Se equivocan, pues, manifiestamente aquellos que definen la servidumbre de volar (*projiciendi*) diciendo ser el derecho de arrojar ó derramar alguna cosa en el area de otro; por ejemplo, agua ó inmundicias, Cepolla *c.* 52 *de serv. urb.*, pues no puede constituirse semejante servidumbre que sea realmente predial, *l. foramen* 28. *hoc tit.*; cuyo error lo nota tambien Coras. 3. *misc. ult. num.* 8. *y* 9. Con todo, comete otro el mismo autor en el número último cuando no reconoce diferencia ninguna entre el alero *in specie* (*projectum*) y el alero en general (*protectum*).

4. *Ut stillicidium vel flumen quis recipiat, vel non recipiat*). Estas son las servidumbres que se llaman *stillicidii* y *fluminis*. *l.* 1. *de serv. præd. urb.* Entre una y otra hay la diferencia que la de *stillicidii* es cuando cae el agua de lluvia del tejado poco á poco y á gotas, y la de *fluminis*, cuando cae de los tejados por medio de canales, Varron 4. *de lign. c.* 5. Paul. *l. servitutes* 20. §. 3. *et seq. de serv. præd. urb.* Así que, se llama servidumbre de recibir las aguas del tejado aquella en virtud de la cual el vecino está obligado á permitir que el agua de lluvia de mis tejados caiga sobre su prédio; y de recibir las aguas del canalon de mi tejado aquella en virtud de la cual el mismo está obligado á permitir que dicha agua recojida en canales caiga con ímpetu en su prédio; por lo que esta es mas gravosa que aquella. Así es que Paulo en *d. l. servitutes* 20. §. *stillicidium*, 5. dice *que en el estilicidio no puede edificarse mas bajo para que no se haga mas gravosa la servidumbre, y en vez de caer el agua á gotas caiga en canales: pero que puede edificarse mas alto pues que de este modo se hace menos gravosa, puesto que lo que cae de muy alto no lleva tanta fuerza; y muchas veces dispersada el agua por la fuerza del viento no llega al prédio sirviente.*

5. Dos servidumbres hay del *stillicidii* y *fluminis* como manifiesta este lugar, y la *l.* 2. *eod.* La una de recibir y la otra de no recibir el agua que cae de nuestro tejado ó

de sus canalones. De ellas, aquella tiene por objeto el exonerar al prédio dominante, y esta se refiere á la comodidad interior de las casas. La servidumbre de recibir las aguas del tejado es el derecho que tenemos de dirigir nuestras aguas á las casas ó area del vecino, de modo que este esté obligado á recibirlas en su casa, y en su area ó cloaca, *d. l.* 2. *et hoc. text.* La de no recibir las aguas del tejado es aquella en virtud de la cual el vecino no puede dirijir dicha agua á la area ó cloaca del vecino, ó por la que este no está tenido á recibir en su prédio las aguas del vecino. Ciertamente, por derecho comun nadie está obligado á recibir las aguas del tejado del vecino, y podemos en virtud de la libertad de nuestra cosa prohibir al vecino el que dirija sus aguas á nuestro prédio. Con todo, si en algun lugar hubiere algun estatuto, ley ó costumbre por el que se permitiese á los particulares el dirijir sus aguas al prédio ageno, y se obligase á los vecinos por derecho público á recibirlas, si queremos entonces adquirir el derecho de prohibir al vecino que dirija sus aguas á nuestro prédio, será preciso que dicho vecino nos lo constituya en nuestro favor, ó imponga á su cosa esta servidumbre. Y por qué se diga esto, y si se dice con razon lo veremos luego cuando tratemos de las servidumbres de edificar y no edificar mas alto. Del mismo modo, la servidumbre de dirijir las aguas del canalon del tejado es el derecho de dirijirlas al prédio del vecino, y la de no recibirlas es aquel en virtud del cual este no puede dirijir al prédio ageno las aguas del canalon de su tejado, lo que de otra suerte le seria lícito por ley ó costumbre de la ciudad. Así lo explica muy bien Donelo 11. c. 5. Segun otros, empero, la servidumbre de no recibir las aguas del tejado ó de su canalon consiste en la obligacion que tiene el vecino de dirijir sus aguas al area agena para que se recojan en la cisterna ó rieguen su huerto, establecida cuya servidumbre puede obrar contra el dueño del prédio sirviente en caso que quiera desviar las aguas, ó tambien para que á sus expensas recomponga las tejas, canales ó tubos por los que corra el agua, Cepolla *ca.* 28. *y sig. de serv. urb.* Pero esto no está muy conforme; pues á cada paso se considera no como una utilidad, sino como una carga el recibir las aguas de los tejados agenos ó de sus canalones, y es contra la naturaleza de las servidumbres el que uno esté tenido á hacer algo en su prédio.

Et ne altius quis tollat ædes suas). Esta servidumbre está establecida principalmente para el fin de que edificando mas alto no se priven las luces al vecino; pues siendo por derecho natural lícito á cualquiera hacer lo que le plazca en su cosa, con tal que nada haga en la de otro, *l.* 8. §. *Aristo.* 5. *si serv. vind.*, y deduciéndose de esto que puede cada cual edificar en su area hasta lo infinito, y levantar mas alto las casas antes edificadas, aun cuando incomode al vecino, privándole de las luces; lo que tambien se dispone en la *l.* 9. *l.* 14. *l. cujus* 24. *de serv. præd.* §. 8. *C. de serv.*; este inconveniente no puede evitarse de otro modo que obteniendo del vecino que imponga á sus casas la servidumbre de no edificar mas alto. Impuesta esta, si á pesar de ello se edificare mas alto se podrá reclamar del mismo, negándole que tenga derecho de levantar mas su casa, lo que se hace por medio de la accion confesoria, por medio de la cual se vindica esta servidumbre llamada de no edificar mas alto, aunque por las palabras parezca negatoria, *l.* 4. §. *ult. de serv. vind.* Hácese frecuente mencion de esta servidumbre como se vé en la *l.* 2. *l.* 12. *de serv. præd. urb. d. l.* 4. §. *ult. l.* 7. §. 1. *com. præd.*

6. Suscítase aquí, empero, una grande dificultad; pues si á cualquiera es lícito levantar sus casas, y esto naturalmente y por derecho de la libertad de sus cosas, de modo que no hay necesidad para ello de establecer servidumbre ninguna, ¿cómo es que entre las servidumbres prediales se cuenta tambien la de edificar mas alto? Esto parece que no se funda en razon ninguna: puesto que la libertad y la servidumbre son cosas contrarias; y si es servidumbre el no poder levantar mas alto la facultad de poder hacerlo será libertad. A pesar de esto, no puede negarse que los antiguos contaron entre las servidumbres, no menos el derecho de edificar mas alto que el de no edificar. Asi lo hicieron Paulo en nuestros lugares, *l.* 1. *de serv. præd. urb.* *l.* 7. §. 1. *com. præd.* Cajo, *l.* 2. *de serv. præd. urb.* Neracio *l.* 2. *de serv. præd. rust.* y Justiniano §. 2. *inf. de act.* Toda la dificultad, empero, consiste en presentar algun ejemplo con el que se manifieste que el derecho de edificar mas alto se cuenta con razon entre las servidumbres; mas para demostrar esto no son nada adecuados los que presentan la Glosa, Bart. y los doctores en la *l.* 2. *de serv. præd. urb.* que para ellos es la principal; ni los de la misma Glosa, Dyn. Jac. y otros en el §. 2. *inf. de act.*, como puede verse en nuestra interpretacion de aquel lugar. Ni pienso que sea cierto lo que Cuyacio, Wesem. en *d. l.* §. 2. y Vult. 1. *disc.* 5. dicen que por derecho de una costumbre constituida pueden edificarse mas alto las

casas, cuando antes se hubiese concedido, ó por medio de una larga cuasi-posesion prescrito contra el vecino el derecho de no edificar mas alto, como que se le conceda de nuevo la facultad de edificar; pues en este caso la cosa se restituye á la primitiva libertad, como si se hubiese remitido la servidumbre por medio de pacto, segun latamente demostramos en el mismo lugar. El primero de los intérpretes antiguos que dió en el blanco, y demostró la cosa claramente fué Juan Fabro en *d.* §. 2., habiéndosele anticipado la Glosa en la *l. qui luminibus* 11. *de serv. urb. præd.*, segun observó Cepolla y explicó en el *c.* 26. *n.* 2. *de serv. urb.*; pero se extendió muchísimo, y mezcló muchas cosas agenas de la cuestion. Mejor y mas claramente proponen y aclaran esta materia los escritores mas modernos, Zas. Baron. Myns. y Donelo insiguiendo las huellas de Fabro; diciendo que si por derecho público no se ha dispuesto nada acerca de la facultad de edificar en terreno propio tenemos dicha facultad en virtud de nuestra libertad, y á todo ciudadano es lícito por derecho propio y público levantar sus casas tan alto como quiera, aun cuando prive de la luz á las vecinas; empero, si en alguna poblacion por los estatutos de la ciudad se hubiese prescrito cierta forma y altura de los edificios de la cual no puede pasarse contra la voluntad del vecino, en este caso el derecho de edificar será tambien libre y de derecho público con tal que se limite dentro de la determinada altura, aunque se incomode al vecino, *l. qui luminibus* 11.; mas si queremos edificar mas alto, por ejemplo, cinco ó seis pies mas, como esto ya no es lícito por derecho público hacerlo contra la voluntad del vecino, deberemos obtener de este dicha facultad, *l. pen.* §. 1. *Cod. de ædif. priv.*; y habiéndosenos concedido el derecho de edificar será esto una servidumbre con respecto del vecino, por cuanto empieza ya á permitir en su prédio lo que antes segun derecho público no estaba obligado á permitir; y con respecto á nosotros será un derecho, pero impositicio y constituido por el vecino, el cual se vindicará por esta fórmula de la accion confesoria: *digo que tengo el derecho de edificar mas alto mis casas contra tu voluntad*, *d.* §. 2. *inf. de act.*, en donde expliqué esto mas claramente, y segun Tácito y otros autores y textos del derecho demostré que tambien en aquellas ciudades en las que estuvo la silla del imperio, á saber, Roma y Constantinopla, ya antiguamente estaba determinada cierta altura de los edificios, de modo que no es de admirar que teniendo en consideracion los jurisconsultos dichos estatutos contasen el derecho de edificar mas alto entre las especies de servidumbres. Añádase á esto que constituido cierto estado de los edificios puede tambien adquirirse esta servidumbre por medio de la prescripcion, si uno hubiere edificado durante mucho tiempo contra la antigua forma, y lo hubiere poseido sin fuerza, ni oculta, ni precariamente, *l.* 1. *C. de serv.* Podria esto bastar si no obstase lo que dice Bacovio, quien en las notas á Treutl. *vol.* 1. *disp.* 17. *thes.* 2. y en sus *comm. ad hunc* §. 1. *et* §. 2. *infr. de act.* reprueba enteramente esta opinion de los autores modernos, estableciendo que el derecho de edificar y no edificar mas alto no son dos servidumbres, sino una sola, la cual bajo diversos aspectos recibe tambien diversos nombres; llamándose derecho de no edificar mas alto por parte de aquel que vindica la servidumbre, y derecho de edificar mas alto por parte del que la niega; ó mas bien que esta última solo impropiamente se cuenta entre el número de las servidumbres, y que sólo se dice tal con respecto al vecino, quien no puede habiendo yo edificado mas alto, edificar él tambien y privarme de mis luces, estando establecido por derecho una servidumbre. En resúmen, el derecho de edificar mas alto segun él debe borrarse del catálogo de las servidumbres, y siempre que del mismo se hace mencion se significa un derecho contrario; á saber, el de no levantar mas alto. Pero ciertamente que estableció esto con mucha lijereza.

7. Veamos hasta qué punto tiene razon Cayo, *l.* 2. *de serv. præd. urb.* cuando al enumerar de propósito las especies de servidumbres urbanas empieza de esta suerte: *los derechos de los prédios urbanos son el derecho de levantar mas alto, el de quitar las luces del vecino*; añadiendo en seguida, *ó el de no levantar.* Si damos crédito á Bacovio el jurisconsulto no manifiesta aquí dos derechos distintos entre si, sino uno tan solo; á saber, el de no levantar mas alto, único que puede llamarse servidumbre. Paulo en la *l.* 7. §. 1. *com. præd.* dice: *Puede imponerse á las casas de otro una servidumbre para que sea lícito levantar mas alto ó no levantar.* Bacovio entiende esto como que Paulo solo hubiese expresado una de ellas; á saber, que no sea lícito edificar mas alto; pero si concedemos esto á Bacovio acreditamos de muy ignorantes á los jurisconsultos, que de un solo derecho hacen dos, y que tan claramente los oponen entre si, como si fuesen servidumbres de diversas especies. Así pues, para demostrar mas evidentemente el error de

Bacovio, piensa este que el derecho de edificar mas alto nunca es servidumbre por sí solo, sino que se llama así por respecto al vecino á cuya casa se ha impuesto la servidumbre de no edificar mas alto, á causa de que constituida esta servidumbre en mi favor, consigo yo con mas pleno derecho y efecto el decrecho de edificar mas alto, el que por sí es propio siempre de la libertad, pero que puede hacérmelo inútil el vecino edificando él mismo. Pero que esto es falso lo manifiestan todos los lugares en que se cuenta el derecho de edificar mas alto entre las servidumbres como en la *l.* 2. *de serv. prœd. rust. de leg.* 2. *de serv. prœd. urb d. l.* 7. §. 1. *comm. prœd.* §. 2. *inf. de act. l.* 1. *Cod. serv. et aqua.* En cuyas leyes es claro que el derecho de edificar mas alto no se llama servidumbre, ni se considera tal con respecto á aquello que otro no puede hacer en su prédio, sino con respecto á la obligacion que tiene por derecho impositicio de permitir lo que hace otro. Esto mismo, á saber, la facultad de edificar mas alto y de privar las luces del vecino se llama derecho del prédio y servidumbre: derecho con respecto á aquel á quien es permitido hacerlo, y servidumbre con respecto al vecino que está obligado á tolerarlo. Por lo que, si á alguno se le disputare este derecho podrá vindicarlo con esta fórmula: *digo que me es lícito levantar mas alto*; la cual en el efecto y en las palabras es confesoria, *d.* §. 2. *inf. de act.* Y esto tambien lo confirma evidentemente *d. l.* 1. *C. de servit.*, en la que habiéndose preguntado si compete al vecino la accion negatoria contra aquel que habia edificado contra la antigua forma, perjudicando las luces del vecino, y reclamando que no tiene el adversario, el derecho de tener así levantadas las casas, responde el emperador que le compete; añadiendo, empero, esta excepcion: *á no ser que alguna hubiese estado edificada de esta suerte por largo tiempo.* Esto así, porque el transcurso de un largo tiempo hace las veces de servidumbre; por lo que, si se ha adquirido el derecho de edificar mas alto contra los estatutos por medio de la prescripcion, será esto una servidumbre, y podremos defenderla y vindicarla por la accion confesoria; y este mismo derecho constituido del mismo modo por pacto será tambien servidumbre, no derecho de libertad, y para reclamarla deberemos hacer uso de la accion confesoria, no de la negatoria. Admírome, empero, de le opinion de Bacovio, quien piensa probar con los siguientes argumentos que el derecho de levantar mas alto no puede considerarse como un derecho impositicio, ó una servidumbre. Dice primero, que la naturaleza de las servidumbres no es tal que uno esté obligado á hacer algo, sino á permitir que otro haga; segundo, que toda servidumbre requiere que haya un prédio sirviente; empero, las casas que por pacto es lícito levantar contra los estatutos, de ningun modo puede decirse que sirven; finalmente, que toda servidumbre es una carga del prédio que aumenta el derecho del dominante, y disminuye el del sirviente y la concesion del derecho de levantar mas alto restituye tambien la libertad al prédio sirviente. En todo esto, empero, hay un error manifiesto, proveniente de la ignorancia de la materia; pues no se pregunta si el derecho de edificar mas alto contra los estatutos es una servidumbre en aquel á quien se ha concedido, pues con respecto á este es un derecho que nace de la servidumbre, y no una servidumbre, pues que esta está constituida siempre en cosa agena; pero con respecto á aquel que constituyó este derecho en favor de otro ¿no es por ventura servidumbre? ¿no está obligado á permitir alguna cosa en su prédio; á saber, el que se le prive de sus luces, lo que antes segun derecho público no estaba tenido á permitir? ¿por ventura con su pacto no hace que sirva su prédio, disminuyendo el derecho de este, y aumentado el de otro? Esto es, empero, lo que nosotros afirmamos, y pensamos haber probado bastantemente. Quede, pues, establecido que el derecho de levantar mas alto en ciertos casos proviene de nuestra libertad, y en otros es un derecho impositicio; ó una servidumbre activa con respecto á aquel á quien se debe, y pasiva por lo que hace á aquel que la debe. A cual, empero, de estos dos pertenezca, depende de lo que á cada uno por derecho público está permitido ó prohibido hacer edificando en su prédio.

8. *Ne luminibus vicini officiat*). Con estas palabras no parece que se designe aquí una nueva servidumbre, sino tan solo el objeto de la anterior; pues el principal fin de la servidumbre de no edificar mas alto es el de que no se nos prive de nuestras luces, y por esta causa muchas veces suele expresarse juntamente, *l.* 2. *de serv. urb. l.* 2. *de serv. rust.*; aunque puede darse tambien otro; á saber, para que no se tenga vista sobre nuestra casa ó area. Lo que dice, *para que no se prive de las luces*, debe entenderse de suerte que no las prive edificando mas alto, y no de otro modo, por ejemplo, con un árbol, de manera que enteramente se conserve la libertad natural; por lo que, la servidumbre

de no privar las luces será mas pingüe que la de edificar mas alto, *l.* 12. *l. inter* 15. *et* 2. *seq. de serv. præd. urb.* De las servidumbres de no privar las luces parece diferenciarse muy poco la que se dice de luz, *luminum*; y así como esta mira principalmente á la nueva constitucion de luz, así aquella tiene por objeto la conservacion de las que ya tenemos, *l.* 4. *eod.*; á no ser que se diga que la servidumbre de luz es menos pingüe que la otra, porque el que la debe puede edificar mas alto, y hacer otras cosas, con tal que deje al vecino la luz necesaria para sus usos, mas el que debe la servidumbre de no privar las luces nada absolutamente puede hacer que las disminuya, aunque las casas del vecino tengan de sobras; y tal es la opinion de Paulo Castro en *d. l.* 4. que sigue Cepolla *cap.* 35. *de serv. urb. arg. d. l. inter.* 15., y que segun el mismo está recibida comunmente.

9. De otro modo piensan Cuyacio 1. *obs.* 15. y Duar. 1. *dip.* 35. que debe tomarse la servidumbre de luz; á saber, considerándose como el derecho de introducir nuestra vista en el prédio ageno, en virtud del cual podamos abriendo nuestra pared hacer en ella ventanas con objeto de tener luz; pues así interpretan lo que escribe Paulo en *d. l.* 4. que *constituida la servidumbre de luces parece adquirimos el derecho de que los vecinos reciban las nuestras.* Pero esta opinion se opone á aquel conocido principio del derecho por el que cada cual puede hacer lo que quiere en su cosa, aunque sea con perjuicio de otro, con tal que nada introduzca en la agena, *l.* 8. §. *Arist.* 5. *si serv. vind.*, *l.* 9. *de serv. præd. urb. l.* 8. *C. de serv. et acq.* Y nada introduce en cosa agena aquel que abre su pared y hace en ella una ventana; por lo que, cualquiera puede hacerlo en virtud de su derecho, aunque de este modo moleste al vecino, sin que para ello necesite constitucion de servidumbre ninguna. El sentido, empero, de las palabras de Paulo, *que el vecino reciba nuestras luces*, no es el que le dan Cuyacio y Duareno, sino el que las reciba de modo que no edifique en su terreno, de manera que nos prive las luces; lo que si no hubiese constituido la servidumbre podria hacer, *l.* 9. *de serv. præd. urb.* Empero, dicen, aquel que abre una ventana en su pared introduce alguna cosa en el prédio ageno, lo que no es lícito hacerlo sin establecer una servidumbre, pues introduce los ojos; pero segun el testimonio de Xenócrates μηδὲν διαφέρειν ἢ τοὺς πόδας ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι es decir, no introduzcais ni pongais los pies ni los ojos en la casa de otro, segun dice Plutarco *lib.* περὶ πολυπραγμοσύνης. Mas yo pienso que semejante objecion es indigna de tan sabios varones, y que no habrian debido abusar para demostrar los axiomas del derecho civil de lo que Xenócrates dijo figuradamente contra los curiosos que se introducen en cualquier parte, contra lo que deben. En nada obsta la *l. pen. eod. tit.*, porque habla expresamente de la pared comun, en la que es sabido no es permitido hacer nada contra la voluntad del sócio. De las servidumbres anteriores se diferencia la de vista, ó la de no privar las vistas, pues en aquellas se contiene el que no se nos impida la libre vista, y así como la luz se recibe por arriba, la vista puede tambien tener lugar por la parte inferior, *l.* 5. *l.* 12. *l.* 15. *et seq. de serv. præd. urb.* Hay algunos que piensan que debe distinguirse la servidumbre de vista en su extension de la de no privar las vistas, del mismo modo y con la misma proporcion que las precedentes de luz y de no privar las luces.

« Excepto las servidumbres *cloacæ immittendæ, projiciendi, protegendi, y ne luminibus officiatur,* todas las demás son reconocidas por las leyes de Partida, aunque sin darlas nombre particular; y así es que como en todas las irregulares, en su constitucion se necesita expresar la carga que se impone, *L.* 2. *tit.* 31. *P.* 3.»

TEXTO.

De reliquis servitutibus rusticis.

2. Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari rectè putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

TRADUCCION.

De las otras servidumbres rústicas.

Entre las servidumbres de los prédios rústicos algunos piensan con razon que se puede contar el derecho de sacar agua, el de abrevar el ganado, el de apacentar, el de cocer cal y el de sacar arena (a).

NOTAS.

2. *Pecoris ad aquam appulsum*). Esto es, el derecho de abrevar los ganados que se tienen por causa del fundo con el agua agena.

COMENTARIO.

1. *Explícase y enmiéndase el lugar de Ulpiano en* Mela 14. §. ult. de alim. legat.

(a) L. 6. y 7. d. tit.

El método exijia que este párrafo se pusiese en seguida del principio de este título, difiriendo algun tanto el tratado de las servidumbres urbanas, habiéndose empezado por las rústicas; pero esto no es una falta tan grande que por ella se haya de cargar de maldiciones á Triboniano, como que estuviese dormido cuando escribió esto. Ni quisiera que algun varon, por otra parte incomparable, hubiese cometido tamaña insolencia; pero entremos ya en materia. Dice el emperador que entre las servidumbres rústicas se cuenta el derecho de sacar agua, etc. El derecho de sacar agua es aquel en virtud del cual se saca el agua del pozo ó de la fuente del vecino para uso y comodidad de nuestro prédio, ó de los labradores. Aquel que tiene semejante derecho parece tambien tener el de senda para sacarla; ya se le haya concedido en union con el derecho de sacar agua, ya se le haya tan solo concedido este último (a), y aun cuando solo se haya concedido el derecho de ir á la fuente se entiende concedido tambien el derecho de sacar agua. Por lo que hace á un rio público, como que sin servidumbre ninguna cualquiera puede sacar agua del mismo en vano se concede este derecho, y debe cederse la senda, *l.* 3. §. *ult. de serv. præd. rust.* Cæpoll. *n.* 7. El derecho de abrevar es aquel en virtud de cual podemos abrevar con las aguas agenas los rebaños que tenemos por causa de los frutos del fundo. Entrambos derechos se refieren á menudo entre las servidumbres de los prédios rústicos, *l.* 1. §. 1. *leg.* 2. §. 1. *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 6. *in fin. de serv. præd. rust.*

1. Suele con todo objetarse la respuesta de Ulpiano en la *l. Mela* 14. §. *ult. de alim. legat.*, en cuyo lugar se dice que el derecho de sacar agua, y el de abrevar son servidumbres personales; pues semejante lugar se lee en todos los códigos de esta suerte: *Nam et haustus aquæ et pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ; tamen ei, qui vicinus non est inutiliter relinquitur*; esto es, *pues tambien el derecho de sacar agua y el de abrevar los rebaños es una servidumbre de la persona; con todo, se deja inútilmente á aquel que no es vecino.* Pero si hay lugar alguno corrompido en nuestros códigos es sin duda este, y cualquiera que lo considere detenidamente lo conocerá con facilidad. Dos vicios se encuentran en él: primero, que está puntuado malamente, y segundo, que se ha omitido la negacion en las últimas palabras, de modo que debe enmendarse de esta suerte: *Nam et haustus aquæ et pecoris ad aquam appulsus est servitus; personæ tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur*; ó quitando la negacion, *utiliter*. Pues á no ser que lo leamos asi, ni se entenderá el sentido de este lugar, ni la razon del derecho de esta servidumbre, ni habrá nada en dicha ley que tenga sentido ninguno. Consultábase al jurisconsulto acerca de un fideicomiso, por el que se habia dejado el derecho de sacar agua á uno que no tenia un prédio vecino; respondió que era útil el fideicomiso, y que no obstaba que el agua se hubiese dejado á uno que no poseia un prédio vecino, pues lo que se deja á la persona como en el caso propuesto el agua, se puede dejar tambien útilmente á los que no son vecinos, aunque sea tal que regularmente se considera derecho del prédio. Prueba de esto es el derecho de sacar agua y el de abrevar, los que siendo por naturaleza servidumbres prediales, con todo se constituyen útilmente en favor de aquel que no es vecinó; no empero como á derecho del prédio, sino de la persona. Y esto se considera haber tenido lugar siempre que se ha convenido algo entre dos que no tienen prédios vecinos, sobre lo que insinuamos algo en la explicacion de la rúbrica al fin. VINN. Estas servidumbres, ya son personales, ya reales: del primer modo si no se constituyen para el uso del prédio vecino, sino de la persona; prediales si sirven al fundo vecino: así se deduce de la ley 4. *ff. de serv. præd. rust.* De este modo pueden admitirse las palabras de Ulpiano en la *l.* 10. *ff. de alim. legatis. Nam et haustus aquæ et pecoris ad aquam est servitus personæ:* aunque en vez de *tamen* parece deber leerse *nam nec* de este modo: *Nam nec ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur*, y así convienen las palabras enteramente al caso que allí trata Ulpiano. HEIN.

Pecoris pascendi). *D. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr. l.* 4. *eod.* Llámase servidumbre de pasto, *l.* 6. *in fin. eod.*; y es el derecho de apacentar los rebaños en el fundo de otro, y si fuere comun á muchos se llama el derecho de apacentar juntamente, ó de pasto comun, *l. pen* §. 1. *si serv. vind.* De ahí es que se llama pasto comun aquel campo en que los vecinos tienen el derecho de apacentar en comun Fest. en la voz *Compascuus*, Cic. *in Top cap.* 3. *Si compascuus est ager, licet compascere.* Con todo, el derecho de apacentar el ganado solo se considera servidumbre predial, si se tiene aquel por causa de los frutos del fundo, *d. l.* 4. *eod. tit.*; lo que sucede si consiste en bueyes ó jumentos que sirven para el cultivo del fundo, *d. l.* 3. *in pr.* pues siempre debe tenerse presente que ...

(a) D. L. 6.

puede constituirse servidumbre del prédio para mas de aquello que es necesario para el mismo, *l.* 5. *eod.* Lo mismo, con todo, deberá decirse si consiste el rebaño con ovejas ó en vacas para sacar la leche y hacer manteca ó queso que se emplea para sustento de los labradores. Aquel que tiene la servidumbre de pasto ó de abrevar el ganado puede tambien adquirir el que le sea permitido tener allí una tienda donde recojerse en caso que le sorprendiere el invierno, *d. l.* 6. *in fin. eod.* Sobre el derecho de pasto trata latamente Cepolla *cap.* 9. *de servit. præd. rust.* Schneid. *hic num.* 28. *et seq.*

Calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.) *D. l.* 1. §. 1. Tambien el de cortar piedra, sacar greda y tomar del prédio del vecino pértigas para nuestra viña, *d. l.* 3. §. 1. *et* 2. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* Todas las servidumbres, empero, que son de esta especie tienen por objeto el poder sacar algo del fundo ageno para transferirlo al uso de nuestro prédio, considerándose tambien comprendido lo que sirve para los colonos y rebaños que se tienen por causa del cultivo del fundo, *d. l.* 3. *in pr. l.* 4. *l.* 5. *y* 6. *eod.* Si nos fuere útil hacer en terreno ageno alguna cosa que tenga por objeto el exprimir ó mejorar los frutos de nuestro fundo puede tambien para ello constituirse una servidumbre predial, como que se considere referirse á la utilidad del prédio lo que se refiere al mejor uso de los frutos por causa de los cuales se tiene el mismo prédio. De esta especie es el derecho de prensar, en virtud del cual me es lícito exprimir mis uvas ó mis aceitunas; tambien el derecho de usar de tu area para trillar los frutos ó legumbres, y tambien el de depositar y custodiar los frutos en la casa de campo del vecino, *l.* 14. §. *ult. de alim. leg. l.* 3. §. 1. *de serv. præd. rust.*

TEXTO.

Qui servitutem debere vel acquirere possunt.

3. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium, nec quisquam debere nisi qui, prædium habet.

TRADUCCION.

Quienes pueden deber ó adquirir la servidumbre.

Llamamos prediales á estas servidumbres porque no pueden subsistir sin los predios, pues nadie que no tenga prédio puede adquirir una servidumbre rústica ó urbana, ni deberla sino á aquel que lo tenga. (a)

NOTAS.

3 *Ideo hæ servitutes.*) Está copiado esto de Ulpiano, *l.* 1. §. 1. *l.* 6. *comm. præd.*

Nisi qui prædium habet.) Pues estas servidumbres se deben por los predios y á los prédios; pero es necesario que estos sean vecinos *l.* 5. §. 1. *P. R. l.* 25. *et seq. P. U.* aunque un prédio intermedio no obsta, con tal que no impida el uso de la servidumbre, *l.* 7. §. *ult. l. ult. P. R. U. leg.* 7. §. 1. *comm. præd.*

COMENTARIO.

Trátase en este párrafo del objeto ó materia de las servidumbres prediales; esto es, de las cosas en qué consisten y de las cuales por dicha causa recibieron nombre. Son estas, no toda especie de cosas, sino tan solo las inmuebles ó sea aquellas que en una palabra se llaman prédios; pues ya se atienda á la cosa que debe la servidumbre, ya á aquella á que se debe, es preciso que entrambas sean prédios; el uno para que se le imponga la servidumbre, y el otro para que la adquiera; el uno para que sirva y el otro para que domine. Por lo que, nadie puede imponer ó adquirir una servidumbre á un prédio sino aquel que lo tiene; esto es, que sea el dueño del prédio, *l.* 1. §. 1. *l.* 6. *comm. præd. et hoc text.* Bajo la palabra dueño comprendemos tambien al enfitéuta y al superficiario, ya en la persona del constituyente, ya en la del adquirente. Con todo, parece que obsta á esto lo que se dice en la *l.* 1. §. *ult. de superfic. l.* 1. §. 1. *si ag. vect.*, de que puede imponerse ó adquirirse una servidumbre en un edificio que se ha de construir; de cuyo edificio, que aun no existe, no puede decirse que nadie sea dueño; pero á esto puede responderse fácilmente, diciendo que aquí la constitucion de la servidumbre se refiere al prédio, pero que el derecho de la misma está en suspenso, hasta que se construya el edificio en el que consista, como que se haya constituido bajo esta tácita condicion. Del mismo modo se dice que puede darse fiador para una obligacion futura, *l.* 6. §. *ult. de fidejuss.* §. 3. *inf. eod.*; y no porque esto produzca el efecto de que el fiador pueda ser reconvenido antes que empiece á deber el reo principal, sino que empieza á tener fuerza cuando hubiere seguido la obli-

(a) L. 1. d. tit. 31.

..cion principal de la que es la fianza solo una ..cesion, *l. fidejussor* 67. *eod. tit.* Acerca la vecindad de los prédios y utilidad del dominante hemos tratado al principio del título.

TEXTO.

Quibus modis servitus constituitur.

4. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam quis testamento hæredem suum damnare, ne altius tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum habere; ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

TRADUCCION.

De qué modos se constituye la servidumbre.

Si alguno quiere constituir un derecho en favor del vecino debe hacerlo por medio de pacto y estipulacion. Puede tambien uno en testamento condenar á su heredero á que no edifique mas alto sus casas, ni prive de las luces al vecino, ó á que permita que este meta su viga en su pared, ó que tenga contra el mismo la servidumbre de recibir las aguas del tejado, ó á permitirle que pase por el fundo, conduzca un jumento, ó saque agua del mismo (a).

NOTAS.

4. *Pactionibus*). Esto es, pactos idóneos para transferir el dominio. Con todo, no por los solos pactos se hacen nuestras las servidumbres, *l.* 3. *D. oblig. et act.*, sino despues que se haya seguido la tradicion conforme á la naturaleza de estas cosas, *l. ult. D. de serv. l* §. 1. *in fin. P. R. l.* 11. §. 1. *de publ. in rem act.* Los pactos son los títulos y causas remotas de adquirir: el modo, empero, de adquirir y la causa próxima es la tradicion, . 40. *supr. de rer. divis. l.* 20. *C. de pact.*

COMENTARIO.

- *En un prédio comun no puede uno solo de los dueños constituir ni adquirir una servidumbre.*
2. *Las servidumbres no se adquieren por los nudos pactos, aunque sean traslativos de dominio, sino por un hecho que represente la tradicion.*
3. *Por última voluntad se constituye la servidumbre* ipso jure.
4. *De qué modo se hace nuestra la servidumbre por el uso y la posesion?*
5. *Explícase mas latamente lo que en el n. 2. se ha dicho acerca de la constitucion y adquisicion de la servidumbre y se refuta la opinion de Bacovio.*
6. *De qué modos se pierden las servidumbres?*

(a) L. 14. del mismo tit.

Falsamente piensan Mynsingero y Pacio que en este lugar se trata de la materia de la que se constituyen las servidumbres de los prédios; pues la convencion y la última voluntad no son la materia de que estas se forman, sino la causa eficiente, puesto que son modos de constituir las mismas. Esta es una cosa digna de que en su explicacion nos detengamos algun tanto. La servidumbre predial no se contituye por la ley, pero puede constituirla el juez, cuando asi lo exije la cosa, en los juicios de dividir la herencia y lo comun, cuando se dividen muchos prédios adjudicando uno á uno y otro á otro, y haciendo que uno sirva al otro, *l. item Labeo* 22. §. 3. *fam. erc. l. ut fundus* 18. *com. div.* Fuera de estos casos solo el dueño del prédio las puede constituir, aunque tambien las adquirimos por medio de la larga cuasi-posesion.

1. Acerca del dueño hemos ya hablado algun tanto en el párrafo precedente, y ahora añadimos que se exije en el constituyente que sea dueño de todo el prédio, no tan solo de una parte de él *pro indiviso*; pues que á aun prédio comun uno solo de sus dueños no puede imponerle servidumbre, ni aun por lo que hace á su parte, *l.* 2. *de serv. l. unus* 34. *de serv. præd. rust.*, á no ser que cedan todos igualmente, pues entonces cada uno impone servidumbre á su parte, no á la de otro. Si esto se hiciere en diversos tiempos, por la última cesion se confirman las anteriores, *l.* 6. §. 1. *l. ult. com. præd. l.* 11. *de serv. præd. rúst.*, habiéndose tambien benignamente á causa de la convencion introducido que aquel que antes cedió el derecho, no pueda prohibir el hacer uso de él á aquel á quien lo cedió, *d. l.* 11. (a). Todo esto se observa tambien en la persona del adquirente, puesto que no puede adquirir la servidumbre en favor de ningun prédio, sino de aquel del cual es su único dueño, *l.* 1. §. 1. *l.* 5. *l.* 6. *in fin. l.* 8. *com. præd.*, y cuando hay muchos adquirentes se hace la misma distincion que cuando hay muchos que la constituyen, *d. l.* 6. §. 1. *l. ult. eod.*

2. Constitúyese la servidumbre por el dueño de dos maneras: ó por pacto, ó por última voluntad, *l.* 5. *de serv. l. potest.* 16. *comm. præd. et hoc. text.* Cuando se constituye del primer modo se exijen dos requisitos para adquirir la servidumbre: el pacto traslativo de dominio como es la estipulacion, compra, donacion ó permuta, *l. numquam* 31. *de acq. rer. dom.*; y la translacion ó sea aquello que hace sus veces en las cosas in-

(a) L. 10. d. tit. 31.

corporales; por ejemplo, la introduccion en el prédio sirviente, ó el uso del que la adquiere y la paciencia del señor constituyente, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 11. §. 1. de Publ. in rem act. l. 5. in pr. de usuf.* (a). Del mismo modo que el efecto del pacto nudo no es tal que por él se haga nuestra una cosa corporal, *l. traditionibus* 20. *C. de pactis*, asi tampoco basta para adquirir una servidumbre, *l. 3. de obl. et act. de leg. 11. de Publ. in rem act.* Antiguamente era frecuente en este caso el uso de la cesion, *l. nemo* 39. *de serv. præd. urb. l.* 3. §. 2. *et* 3. *l.* 11. *per quem* 14. *de serv. præd. rust. l. ult. com. præd.* y parece que la misma era necesaria en la constitucion de las servidumbres que consisten en no hacer; por ejemplo, en no edificar mas alto, y en no privar de las luces ó de la vista al vecino; pues en cuanto á mí no sé ver como semejantes derechos pueden constituirse por el uso y la paciencia; aunque tal vez en este caso tuvo tambien lugar la introduccion en el prédio.

3. Por última voluntad se constituyen las servidumbres cuando se legan á alguno en testamento, *tit. de serv. leg.*, y en este modo de constituir no se exige nada mas para adquirir la servidumbre que la voluntad del difunto, para que aquel á quien se ha legado la adquiera desde luego sin cesion ninguna, ni tradicion por parte del heredero, *l. ult. d. t. l. si partem.* 49. §. 1. *quem. serv. am.* Ni distinguimos ya tampoco la servidumbre legada por vindicacion de la legada por damnacion: véase lo que decimos en el §. 1. *del tit. sig.*

4. Dos modos hay de adquirir la servidumbre por el uso y la posesion: el uno es comun con la usucapion de las cosas corporales, si uno la poseyere durante el tiempo prescrito por la ley y sin interrupcion, habiéndosenos constituido por uno que no era dueño pero á quien considerábamos tal, *l. ult. in fin. C. de præsc. long. temp.*; el otro es propio de las servidumbres, y tiene lugar cuando uno sin preceder título ninguno, pero sin fuerza, ni clandestina, ni precariamente ha hecho uso de la servidumbre sin interrupcion durante el tiempo prescrito con ciencia y paciencia del dueño del prédio sirviente (b). *l.* 10. *si serv. vind. l. 1. in fin. de acq. pluv. arc. l.* 1. *y l.* 2. *C. h. tit.*; de modo que aquí esta ciencia y paciencia del dueño sirve al poseedor de título, de buena fé y tradicion, y el uso durante un largo tiempo hace las veces de servidumbre. En el primer caso es necesario el título, como lo es siempre que la posesion no proviene del dueño, *inf. de usuc. in pr.*, pero entonces este no puede alegar la ignorancia, *d. l. ult. C. de præsc. long. temp.*: en el último se exige la ciencia del dueño, mas no el título; de lo contrario si este interviniere seria nuestra luego despues de la tradicion sin necesidad de la usucapion; y esta es la comun opinion, de la que sin razon se separa Duareno, 1. *disp.* 34. Véase á Christ. *vol.* 3. *decis.* 177. *n.* 4. *y* 5. y nuestro *lib.* 1. *select. quæst. cap.* 31.

5. *Pactionibus et stipulationibus*). No debe creerse que con estas palabras se excluya de la constitucion de las servidumbres la tradicion, sino que han de tomarse del mismo modo y en el mismo sentido en que se toman cuando de una manera semejante se dice que el usufructo se constituye con los pactos y estipulaciones, §. 1. *del tit. sig.*, de suerte que no se significa aquí el último acto de la constitucion, esto es, que la tradicion se excluye, sino que se manifiestan los modos por los que este derecho se introduce. El último acto es aquel por el cual se adquiere la servidumbre constituida; y consiste, no en el pacto ó estipulacion, sino en la tradicion de la servidumbre constituida por el pacto precedente anterior. Este es el título, no el modo de adquirir, §. *per traditionem* 40. *sup. de rer. div.* Con todo, como que la tradicion nada transfiere, á no ser que preceda una convencion idónea, ó sea una causa por la cual haya subseguido la tradicion, *l. numquam* 31. *de acq. rer. dom.*, por esta razon se hizo mencion aquí de los pactos y estipulaciones como de las causas de adquirir, y como un precedente necesario á la tradicion en la constitucion de las servidumbres, no con objeto de excluir la tradicion. Del mismo modo, por el contrario, cuando se dice que los dominios de las cosas se adquieren por medio de la tradicion, *l. traditionibus* 20. *de pact.*, no por ello se excluyen los títulos ó causas remotas de adquirir; sino que se significa el último acto de la adquisicion; esto es, el modo de adquirir y la causa próxima, como sucede cuando dicen que el usufructo y las servidumbres se constituyen por la tradicion ó la paciencia del dueño, *l. 11. §. 1. de Publ. in rem act. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 3. de usufr.* Debimos detenernos algun tanto en esto porque veo que Bacovio piensa que por los nudos pactos y promesas se constituyen plena y perfectamente las servidumbres prediales; las que por lo tanto se adquieren se-

(a) L. 1. tit. 30. P. 3.
(b) D. l. 14. y sig.

gun ó sin tradicion ni cesion ninguna, y por consiguiente desde luego que se ha convenido acerca de ellas compete una accion real. Ciertamente nunca oí cosa alguna mas agena de la razon y autoridad del derecho; pues en todo él los modos de adquirir las obligaciones se distinguen de los modos de adquirir las cosas, objeto de las mismas; ya sean cuerpos; ya sean servidumbres. Los modos de adquirir las obligaciones son los contratos y convenciones: aquellos por los que se adquiere el dominio de la cosa, objeto de las mismas, es la tradicion, y respecto de las cosas incorporales aquellos hechos que dijimos la representaban. Así pues, si estipulando yo la servidumbre de via ó de senda tú me la prometieres, por esta sola convencion no adquiero aquel derecho, de modo que pueda vindicarlo por la accion real confesoria, sino tan solo la obligacion y la accion personal, nacida de la estipulacion, por la que reclamaré que debes prestarme la servidumbre de vía ó la de senda, *l.* 2. §. 1. *et* 2. *de verb. obl. l. si unus* 19. *de serv. præd. rust.* El dominio de la servidumbre y la accion real, empero, solo los adquiero cuando á la convencion ha seguido aquella tradicion que es conforme á la naturaleza de las cosas incorporales, *l. ult. de serv. l.* 1. *in fin. de serv. præd. rust. l.* 11. §. 1. *de Publ. in rem act. l.* 3. *de usufr.* Finalmente lo que en la *l.* 20. *C. de pac.* se dice que el dominio de las cosas se transfiere por la tradicion, no por los nudos pactos, es general, y se refiere tanto á las servidumbres como á la adquisicion de las cosas corporales, *l.* 3. *de obl. et act.* en cuyo lugar el jurisconsulto dice expresamente de la servidumbre lo mismo que de una cosa corporal; á saber, que adquirida la misma por una obligacion no se hace nuestra, sino que tan solo queda el deudor tenido á dármela ó prestármela. ¿Qué razon, pues, tuvo Bavovio para opinar lo contrario? Primero lo que dice aquí Justiniano, que la servidumbre se constituye por los pactos y estipulaciones, pero tambien se dice esto del usufructo, §. 1. *tit. sig.*; y sin embargo para la constitucion de este confiesa Bacovio que es necesaria la tradicion, ó bien la paciencia del dueño. Luego tambien lo que Papiniano en la *l.* 4. *de serv.* dice que la servidumbre puede constituirse *ipso jure*, pero no desde cierto tiempo ni bajo condicion, aunque si se hiciere así, aquel que vindicare la servidumbre contra lo convenido podrá ser repelido con la excepcion del pacto ó de dolo; como que de aquí necesariamente se siguiese que la servidumbre se constituye por solo la promesa, y como si el jurisconsulto hubiese dicho que no puede prometerse la servidumbre, ni desde cierto tiempo, ni bajo condicion. Esta consecuencia es ilegítima y falsa, y tambien la proposicion que se sigue, pues una cosa es prometer, y otra constituir la servidumbre: aquel que promete no constituye en favor de otro ningun derecho real, ni de nada, sino que tan solo se obliga á dar; y no puede encontrarse razon ninguna porque no sea lícito prometer la servidumbre lo mismo que las demás cosas desde cierto dia ó bajo de condicion, de modo que no pueda pedirse antes de llegar aquel ó de cumplirse esta, que es el efecto de semejante cláusula, §. 2. *infr. de verb. obl. l. cedere* 213. *de verb. signif. l. existimo* 98. *de verbor. obligat.* Constituir la servidumbre, empero, es imponerla en el acto mismo, y hacer que ya la haya adquirido el prédio, §. *præced. l.* 1. §. 1. *comm. præd.* ¿Qué es pues, lo que dice Papiniano? No dice que no pueda pactarse la servidumbre desde cierto dia ó bajo de condicion, sino que no puede constituirse *ipso jure* de dicho modo; esto es, segun interpreta muy bien Juan *en Acursio*, constituirse de modo que desde luego se considere constituida y adquirida para el prédio; sino que puesto el dia ó la condicion, el uso de la servidumbre y su vindicacion se difiere hasta su cumplimiento. Lo que se funda en una razon del derecho, pues, adquirida una vez la servidumbre no puede hacerse que el dueño del prédio no la vindique con derecho, *l.* 1. *si serv. vind.* Con todo, por equidad se ha dispuesto por derecho pretorio que se guarde lo convenido con ausilio de alguna excepcion. Engañó á Bacovio el pensar que si alguna cosa podia exigirse á mas del pacto ó promesa para constituir una servidumbre era tan solo el uso de aquel en favor de quien se constituye, y la ciencia del que la constituyó, lo que ciertamente no puede tener lugar en el caso propuesto por Papiniano, puesto que es contradictorio, constituir la servidumbre por medio del uso, y diferir el mismo uso. Mas ya manifestamos antes que tambien de otro modo que por convencion podia constituirse la servidumbre y adquirirse para el prédio; á saber, por la entrada en el fundo sirviente, y por la cesion; de la cual habian siempre hecho uso los antiguos al constituirse las servidumbres. Esto mismo prueba bastante que por sola la convencion no podia constituirse ó imponerse: véase á Conn 4. *com.* 8. Don. 11. *com.* 10.

Hæredem suum damnare, ne altius tollat, etc. vel ut patiatur, etc.). Está copiado esto

de Cayo *l. potest.* 16. *com. præd.* Hace mencion del legado de damnacion, no porque no pueda legarse la servidumbre por vindicacion, pues que lo contrario manifiesta en el título *de serv. leg.*; sino, ó bien por via de ejemplo, ó bien porque todas las servidumbres pueden legarse por damnacion, y no por vindicacion, pues que aquellas que consisten en no hacer parece que no pueden legarse de este último modo, por ejemplo, el que el heredero no edifique mas alto, ó no perjudique las luces del vecino. Con estas palabras *ne tollat, ut patiatur* expresa la naturaleza y esencia de las servidumbres que consisten en una de estas dos cosas: ó en que el dueño deje de hacer algo en su cosa, ó en que permita que otro la haga, *l. quoties* 15. §. 1. *de serv.*, sobre lo cual se ha hablado al principio de este título. VINN. Muy bien ha sospechado nuestro Vinnio que todas las servidumbres podian legarse por damnacion, pero no por vindicacion; mas se engaña cuando busca la razon de esta diferencia en la distincion de las servidumbres en afirmativas y negativas; pues hubiera podido encontrarla mas fácilmente en la de las servidumbres en rústicas y urbanas. Por damnacion podian legarse todas las cosas, aun aquellas que no eran del dueño; mas por vindicacion solo las que eran de este segun derecho de los Quirites, Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 7. 8. Estaban, empero, en el dominio Quiritario solo las cosas mancipias, y tales eran únicamente las servidumbres de los prédios rústicos y no las de los urbanos, Ulp. *frag. tit.* 19. §. 1. Únicamente, pues, aquellas podian legarse por vindicacion. HEIN.

6. Muy bien habria hecho Triboniano si hubiese puesto aquí algo acerca los modos de perderse las servidumbres segun lo prescrito en la *l. ult. de legib.*, como lo observa al tratar del usufructo en el título siguiente, y á cada paso en este libro. Suplamos, pues, lo que aquí falta. Piérdese la servidumbre, primero, disuelto el derecho del constituyente, por ejemplo, si se ha impuesto á una cosa legada bajo condicion, y esta se hubiese cumplido, *l.* 11. §. 1. *quemad. serv. am. l. si fundus* 105. *de cond. et dem.* y tambien si se hubiere impuesto por el enfitéuta ó vasallo á un prédio enfitéuta ó beneficiario, en el caso en que este prédio vuelva al dueño, c. 1. §. *quid ergo de invest. de re al. fac. in usib. Feud.*; puesto que extinguido el derecho del constituyente se extingue tambien el del que las recibe, como se advierte en la *l.* 31. *de pign.* Piérdese en segundo lugar por la remision, ya expresa, *l.* 14. §. 1. *de serv.* ya tácita; por ejemplo, si se permitiere al dueño del prédio sirviente el que haga en él alguna cosa que imposibilite la servidumbre, *l.* 8. *quem. serv. am.* (a). En tercer lugar se pierde por la confusion cuando se confunden los prédios, ó sea cuando entrambos empiezan á ser de un mismo dueño, *l. si quis* 30. *de serv. præd. urb.* (b); pero si tan solo ha adquirido una parte del prédio que sirve ó domina al mismo, no se confunde la servidumbre, *l. una* 18. *l.* 1. *vers. via l.* 23. §. *ult. de serv. præd. rust.* Wes. *part. de serv. n.* 9. Y si se me debiere una servidumbre por los fundos de muchos, y tan solo adquiriere alguno de ellos, no todos, la servidumbre subsistirá con respecto á los que no adquiera, *l. si cum* 15. *quem. serv. am.* Finalmente, concluye tambien por el no uso; si por ejemplo, nadie ha hecho uso de la servidumbre, ni aquel á quien se debe, ni el poseedor del prédio dominante, ni un amigo suyo ó huésped, *l. usu* 20. *eod.* (c); ó si alguno ha hecho uso de ella, pero no por derecho de servidumbre, ó asi sin estar empero la misma constituida, *l.* 10. *et seq. l. si quis* 18. *l. ult. eod.*, con tal que no la hubiese usado por todo el término prescrito por la ley, y sin interrupcion, *l.* 7. *eod. l.* 6. *de serv. præd. urb.*; cuyo término es de 10 ó 20 años, *l.* 13. *C. de serv.* Con todo, si el uso de la servidumbre no fuere contínuo ó diario, tal vez porque fuere constituida por años ó meses alternados se pierde por el no uso por doble tiempo, *d. l.* 7.; esto es, contra los presentes por 20 años y por 40 contra los ausentes. Lo mismo debe establecerse en mas largos intervalos segun el modo y facultad de usar. Empero retendremos la servidumbre, sea cual fuere el que haya usado de ella, en nuestro nombre ó en el del prédio, ya sea poseedor, jornalero, huésped, amigo nuestro, colono ó usufructuario *d. l. usu* 20. *et* 4. *seq. quem. serv. am.* Para perder las servidumbres urbanas de este modo se exije además otro requisito, puesto que no se pierden por el no uso, si á la vez el vecino no ha usucapido la libertad de su cosa; por ejemplo, en la servidumbre de no edificar mas alto sino tiene levantado durante el tiempo prefijado el edificio mas alto de lo permitido, y no lo ha poseido el mismo durante dicho tiempo, *d. l.* 6. *de serv. præd. urb.* (d). Fúndase esta diferencia en que el uso de la servidumbre rústica consiste en el solo ejercicio y hecho de aquel

(a) L. 19. tit. 31 P. 3.
(b) L. 17. vers. *La otra d. tit.*
(c) L. 1. 6. D. tit.
(d) D. L. 16.

á quien se deben; por lo que, el solo no uso del mismo basta para perderla; por el contrario las urbanas, como que no consisten en hacer, sino tan solo en la paciencia de aquel que las debe, no pueden perderse por el solo no uso, y por esto no basta que se haya quitado la obra que se tenia para retener la servidumbre, si al mismo tiempo el dueño del prédio sirviente, aprovechándose de esta ocasion para adquirir la libertad de su cosa, no hiciere algo en la misma para impedir la servidumbre, como elegantemente lo expresa Conn. 4. *comm.* 12.

« En España la *l.* 15. *tit.* 31. *P.* 3. distingue por lo que hace al tiempo de constituirse ó de adquirirse las servidumbres, entre las contínuas y las discontínuas, estableciendo que aquellas se prescriban por el tiempo ordinario de 10 ó 20 años, y estas por el inmemorial. Véase á Gomez 2. *resol.* 15. *núm.* 26. con lo sig. Molin. *de just. et jur. trac.* 2. *disp.* 70. Acertadamente, empero, advierte el mismo Gomez que esto último solo tiene lugar cuando se trata de prescribir una servidumbre discontínua sin título ninguno, pues que cuando este concurre basta el transcurso de 10 ó 20 años. Llámase servidumbre contínua aquella cuyo uso, en cuanto á su esencia, dura perpétua y continuamente: tal es la de acueducto, de meter una viga, de sufrir carga, etc. Discontínua es aquella cuyo uso no es contínuo, y consiste en las acciones de los hombres que se hacen á intervalos; de esta naturaleza son las servidumbres de senda, carrera, via y otras semejantes. Aquellas otras servidumbres, empero, cuyos actos como que dependen de una causa natural, no son contínuos y perpétuos, pero lo serian si las causas naturales concurriesen, como es la de estilicidio, se llaman casi contínuas y siguen las reglas de las contínuas. Molina *d. tract.* 2. *disp.* 70. Gomez *lug. cit. n.* 20.

« Respecto á la pérdida de las servidumbres, se distingue tambien entre las contínuas y las discontínuas perdiéndose aquellas por el no uso durante un tiempo inmemorial, y estas por el transcurso de 20 años, *l.* 16. *d. tit.* 31. y en la misma Greg. Lopez *gloss.* 5. Molin. *d. tract.* 2. *disp.* 70. *al fin.* Así es, que las servidumbres contínuas se pierden por un espacio de tiempo mas largo, y se adquieren por uno de mas corto que las discontínuas; mas esto solo debe entenderse de las servidumbres rústicas, pues que todas las urbanas se pierden por el no uso durante el tiempo ordinario de 10 ó 20 años, con tal que el deudor haya usucapido la libertad por medio de algun hecho de su parte, segun poco antes hemos visto en el comentario de este párrafo. »

« Por lo que respecta á Cataluña seguimos las ordinaciones ó costumbres de *Sanctacilia*, á las que puede acudirse en todos los casos que sobre esta materia ocurran; pues este es el mejor modo de enterarse de ellas, ya que es muy difícil hacer de ellas un estracto que dé una cabal idea. »

TITULO CUARTO.

Del usufructo.

CONC. CON EL DIG. LIB. 7. TIT. 1. Y CON EL COD. LIB. 3. TIT. 33. (a).

Continuacion. Diversas especies de servidumbres personales: resúmen de lo que se trata en este título.

Hasta aquí hemos hablado de las servidumbres reales ó prediales; síguense ahora las personales, así llamadas porque son derechos de las personas, constituidos en cosa agena; puesto que esta distincion de las servidumbres se deriva de la cosa á la que se deben, segun manifestamos al principio del titulo precedente. Muchas y varias son las especies de servidumbres personales, pues ha de saberse que tambien todo derecho que por naturaleza es real puede consti-

(a) Tit. 31. P. 3.

tituirse de modo que se entienda adquirido solo para la persona; por ejemplo, si en su constitucion se ha designado á aquella á quien únicamente debe prestarse, *l. 4. de serv. præd. rust. l. Mela* 14. §. *ult. de alim. leg.* ó si se ha establecido en favor de uno que no tiene prédio ninguno ó que no le tiene vecino. Tambien puede constituirse una servidumbre personal como coger la fruta, el pasearse ó cenar en prédio de otro, aunque no aproveche á los prédios, *l. quoties* 15. *in fin de serv. l.* 5. §. *et belle* 9. *de op. nov. nunt. l.* 1. §. *præterea* 12. *et. l. 3. pr. de aqua quotid. d. l. Mela* 14. *in fin. de alim. leg.* Covarr. Duar. Costal. *ad. l.* 8. *de serv.* Cuyacio empero, 24. *obs.* 22., lo niega y asegura que por semejante pacto no se constituye ó adquiere ninguna servidumbre, aunque siga la paciencia del que las constituye, sino tan solo una nuda y simple obligacion; á saber, que permita hacer aquellas cosas en su prédio, Glos. Bart. Castr. en *d. l.* 8. *de serv.* Con todo, estas y otras semejantes servidumbres personales son inominadas é irregulares, á no ser que se refieran á la del uso constituido de cierto modo como lo hace Don. 11. *com.* 1. De las nominadas y vulgares solo hay tres especies; á saber, el usufructo, el uso y habitacion, pues los trabajos de los siervos apenas pueden contarse entre las servidumbres, ya porque no se consideran por la persona de aquel á quien se deben, esto es, que subsisten ó se extinguen con la persona que los presta, *l.* 2. *de oper. serv. l.* 2. *de usufr. leg.* como el mismo nombre de trabajos lo manifiesta bastante, ya porque no son de naturaleza que puedan vindicarse, pues que consisten en el acto y ministerio del hombre, *l.* 1. *d. t. de op. serv.* Hotom. *ilustr. qu.* 41. Cujac. 7. *ad. l. quæsitum* 57. *hoc. tit. de usufr.* En muchas cosas, empero, se asemejan al uso y usufructo, *l.* 3. 4. 5. *de op. serv. l.* 2. *de usufr. leg. l.* 5. §. *ult. usufr. quem cav.* De las tres especies que dije, la principal es el usufructo. De ella sola se trata en este título, y el de uso y habitacion es el siguiente. Cuatro cosas explica aqui por su órden el emperador: primera, nos enseña qué cosa sea el usufructo, luego de que modo se constituye y en qué cosas consiste, y finalmente de qué manera concluye.

NOTAS.

Definitio usus fructus.

Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Est autem jus in corpore quo sublato et ipsum tolli necesse est.

COMENTARIO.

Definicion del usufructo.

El usufructo es el derecho de usar y disfrutar de las cosas agenas, quedando salva su substancia, y es un derecho en la cosa, la cual extinguida debe aquel necesariamente tambien extinguirse.

NOTAS.

Alienis rebus). Esta circunstancia es propia de todas las servidumbres, pues ninguna cosa sirve á su dueño, *l.* 5. *pr. si us. pet. l.* 26. *P. U.* Es verdad que el dueño tiene el derecho de usar de sus cosas, pero no la tiene separado del dominio.

Quo sublato). O bien mudado, de suerte que haya pasado á ser una nueva especie, y haya tomado un nuevo nombre, *leg.* 5. §. 2. 3. *et. ll. seq. quib. mod. us. am.* Está esto copiado de la *l.* 1. *y* 2. *eod.*

COMENTARIO.

1. *Qué es lo que se quiere significar en la definicion propuesta con la palabra derecho?*
2. *Qué es lo que concede al usufructuario el derecho de usar y el de disfrutar?*
3. *Qué sucederia si el usufructuario muriese antes de percibir los frutos ó antes de que se hubiere pasado la merced de la locacion?*
4. *El colono, el acreedor hipotecario y el legatario de un rédito anual tienen tan solo el derecho* ad rem, *no* in re.
5. *El usufructo formal siempre es en cosa agena, y en qué sentido se dice por muchos que forma parte del dominio?*
6. *No vienen comprendidos en la definicion ni el marido ni el heredero fiduciario ni el enfitéutico*
7. *Qué se indica con estas palabras de la definicion quedando salva la substancia de las cosas?*
8. *No se consideran frutos aquellas cosas que no se perciben del uso á que está la cosa destinada.*
9. *El testador no puede remitir la caucion fructuaria, pero puede hacerlo el heredero; y qué sucede en el caso en què el usufructuario no puede por causa de su pobreza encontrar fiador?*
10. *Qué significa lo que se dice què extinguida la cosa se extingue el usufructo?*

1. *Jus alienis rebus utendi fruendi, etc.* Esta copiado de Paulo *l.* 1. *hoc. tit.* Dice *es un derecho.* Esto lo toman algunos como si hubiese dicho que es una servidumbre personal, para que la definicion contenga el genero proximo de la cosa definida; pero inconsideradamente, puesto que es inadecuado y malo este modo de hablar: el usufructo es una servidumbre de usar y disfrutar de una cosa agena, pues la servidumbre es

en la cosa sirviente, y el derecho de usar y disfrutar es propio de aquel á quien se debe la servidumbre y una accion contraria á esta. El derecho tiene la significacion activa y la servidumbre la pasiva, y debieran haber advertido que todas las servidumbres se dicen y definen derechos respecto de aquel en cuyo favor están constituidas, como que principalmente se tiene en consideracion la persona, y que de este modo se define tambien el usufructo; esto es, con respecto al usufructuario. La palabra derecho unida á los verbos de hacer en el uso del derecho y de todos los latinos significa facultad y potestad. Ni debe temerse que admitida esta significacion la definicion no convenga á la cosa definida, puesto que las palabras que siguen modifican esta potestad ó derecho, de modo que la distinguen de otro derecho semejante; y además, de los lugares en donde se dá esta definicion, y de la serie del tratado se desprende claramente que debe sobreentenderse que este derecho compete en virtud de haber constituido una servidumbre, y está inherente á la persona del usufructuario.

2. *Utendi fruendi*). Esta es la forma y fin del usufructo. Estas dos palabras *usar y disfrutar* suelen ordinariamente unirse aunque el uso venga comprendido en el fruto, y no haya diferencia ninguna entre que se leguen los frutos ó el usufructo, *l. per servum* 14. §. 1. *de us. et hab. l. antep. de usufr. leg.*; á no ser que queramos significar los cuerpos, y no el derecho, *l. vaccæ* 43. *de evict.* Con estas palabras se separa del usufructuario todo derecho real excepto el uso y disfrute; á saber, la enagenacion de la cosa fructuaria, la manumision de los esclavos, y la dacion en prenda de la propiedad, *l.* 6. *l.* 9. *C. hoc tit.* (a). El derecho de usar concede al usufructuario la facultad de emplear la cosa fructuaria para el uso y comodidad propia, con tal que haga esto segun su naturaleza y la emplee en aquel uso á que por la naturaleza ó por la voluntad del padre de familias está destinada. Así pues, de las casas debemos usar como á tales para la habitacion; del fundo para recoger los frutos; de los siervos para sus trabajos; de los vestidos para cubrirnos, y de las demás cosas segun su naturaleza, fuera de la cual aquel que usa, abusa como mas latamente se explica en la *l.* 13. §. *ult. l.* 15. §. 1. *et seq. eod.* El derecho de disfrutar le concede la facultad de poder percibir todos los frutos, de adquirirlos por medio de la percepcion; no solo los naturales que provienen de la cosa fructuaria, ya espontáneamente, ya por el trabajo del usufructuario, sino tambien los civiles que vienen por ocasion de la misma, por ejemplo, el precio de la venta, las mercedes de la locacion, etc.; en resúmen todo rédito, toda obvencion, toda utilidad y toda ventaja que se perciba del mismo cuerpo ó cosa fructuaria ó por ocasion de la misma pertenece al usufructuario, *l.* 7. *l.* 9. *l. arbores* 59. §. 7. *hoc tit. l.* 14. *quib. mod. us. am. l. qui sci* 25. *l. in pecudum* 28. *de usufr.* (b). Y de aquí muy bien deducen los doctores que concedido el usufructo de la jurisdiccion puede el usufructuario renovar las antiguas investiduras, Menoch. *lib.* 1. *cons.* 66.; que le pertenecen al usufructuario las multas y penas pecuniarias, y los emolumentos del sello de los oficios, Joan del Castill. *tract. de usufr cap.* 46. *com.* 29. segun Bartolo, Jason y otros antiguos; que legado el usufructo de una universalidad de bienes á la que esté anejo el derecho de patronato compete al mismo la presentacion, Menoch. *d. cons.* Castill *d. cap.* 26. *num.* 35.; y al usufructuario de dominio directo pertenece, no solo el cánon ánuo, sino tambien el laudemio si hubiese sido enegenada la cosa enfitéutica durante el usufructo, Clar. §. *emphyteusis qu.* 22. *num* 5. Castill. *d. cap. n.* 45. Y segun esto respondí en cierta ocasion habiendo sido consultado, admirándome de que Bacovio condene este axioma como imposible y absurdo, *not. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 16. *thes.* 11.

3. Con todo, ha de recordarse aquí lo que en otra parte se ha dicho que el usufructuario solo hace suyos los frutos percibiéndolos él mismo ú otro en su nombre; por lo que, si muriere estando ya maduros los frutos, pero antes de haberlos percibido, sus herederos no tendran derecho ninguno en aquellos que estan unidos á la tierra, §. *is vero* 36. *sup. de rer. div. l.* 13. *quib. mod. us. am. l.* 8. *de ann. l.* Si, empero, sucede lo propio en los frutos civiles, por ejemplo, en las usuras y en las mercedes de la locacion, de modo que muerto el usufructuario antes del dia en que debe pagarse nada pertenezca al heredero, ó si debe dividirse á prorata del tiempo que subsistió el usufructo entre su heredero y el propietario lo dije en el §. *is vero* 26. *de rer. div.* Acerca las utilidades del usufructuario el que quiera saber mas vea á Don. 19. *comm.* 7. *et* 8. Castill. *cap.* 36. *et* 37. *trac. de usufr.*

4. Tambien el colono y el acreedor hipotecario tienen la facultad de usar y disfru-

(a) L. 20. tit. 13. P. 3. vers. *Este.*

(b) D. l. 20. vers. *Este.*

tar de la cosa agena: con todo, solo tienen un derecho *ad rem* contra la persona del locador ó deudor; esto es, solo tienen obligado por contrato á que se les permita usar y disfrutar; por lo que, solo les compete por esta razon una accion personal: al colono la de *locati conducti*, *l.* 15. *loc.*; y al acreedor la accion *in factum*, *l.* 11. §. 1. *de pign.*, sin que tengan derecho ninguno real que pueda decirse propio de los mismos, y del que se trata aquí; puesto que este no se adquiere si no ha sido entregado por una justa causa translativa de dominio, y que para su conservacion y adquisicion, á ejemplo del dominio, se concede la vindicacion ó accion real confesoria, §. 2. *infr. de act.* Lo mismo puede decirse del legatario á quien se ha legado un rédito anual, pues este aquí no disfruta por sí mismo, sino que tan solo recibe el rédito por conducto del heredero, *l. fundi* 58. *de usufr. leg. l. liberto* 21. *pr. de ann. leg.* Castill. *d. tr. cap.* 4. *y* 5.

5. *Rebus alienis*). Esta es la materia del usufructo. Es una cosa comun á todas las servidumbres el que sean en cosa agena, pues no hay cosa ninguna que sirva á su dueño, *l. in re.* 26. *de serv. præd. urb. l.* 5. *si usufr. pet.* (a). Esto es exacto, se dirá; pero no lo es la definicion, por cuanto no todo usufructo es servidumbre, ni esta en cosa agena, pues hay dos especies de usufructos: uno separado de la propiedad, el cual por cuanto subsiste por sí solo, y tiene una forma propia, separada de aquella es llamado formal por la Glosa y los Doctores; y otro unido con la propiedad, al cual porque compete por causa de este le llaman vulgarmente causal; cuyas dos especies se manifiestan en la *l. si cum argumentum* 21. §. *de exc. rei jud. l.* 5. *si usufr. pet. l. qui usufr.* 58. *l. Si ita* 126. §. 1. *de verb. obl.* Aquel lo tiene el que no es dueño en una cosa agena, pero este lo tiene el dueño en cosa propia, y por tanto no puede dejar de ser viciosa una definicion que contiene menos que lo definido; esto es, que contiene tan solo una sola especie: el usufructo formal. Para que á alguno no le haga fuerza esta objecion debe observarse que con la palabra usufructo, simple y absolutamente dicha, en casi todo el derecho, y principalmente en la cuestion y tratado de las servidumbres solo se entienden aquel que está separado de la propiedad, no el que uno tiene por derecho de esta; esto es, el formal, no el causal; el que es servidumbre, no el que forma parte del derecho del señor, del mismo modo que con las palabras *senda, carrera, via* y acueducto expresamos en el derecho solo cuando están estas cosas separadas del derecho de propiedad; y en este sentido se ha concebido la referida definicion, de suerte que tan solo conviene al usufructo formal, que así como es el único que puede considerarse como servidumbre así tambien es el solo que está en cosa agena. Y tampoco esta antigua y magistral division del usufructo en formal y causal es una division exacta y genuina del género en sus especies, ni por tal la consideran los doctores, sino que mas bien es una division de una palabra que tiene muchas acepciones en sus varios significados: véase á Wes. *par. hoc tit. n.* 4. Castill. *d. tract. c.* 1. *n.* 16. Si empero, alguno insiste y dice que tambien hay un usufructo separado en la cosa del usufructuario, por cuanto se llama parte del dominio en la *l.* 4. *hoc tit.* puede responderse desde luego que se dice tal, no porque en realidad sea una parte, pues es servidumbre, *l. recte* 25. *de verb. sign.*, sino porque en muchos casos que explica Paulo, *d. l.* 4. hace las veces del dominio y se considera de la misma naturaleza que este, á causa de los emolumentos que produce, *l. Mævius* 66. §. *fundo* 6. *de legat.* 2.; por lo que, entenderemos esto como que se dijese en comparacion de las demás servidumbres, que no tienen tanta afinidad con el dominio. Aquí pertenece lo que Ulpiano dice que en la venta de los bienes vienen tambien comprendido el usufructo; á saber, en el sentido del edicto, *l.* 8. *pr. de reb. auct. jud. poss.* por cuanto se presta al usufructuario la caucion del daño no hecho, *l.* 13. §. *superficiarium* 8. *de damn. inf.*, porque le pertenece al mismo el interdicto *unde vi*, *l.* 3. §. *unde vi interdictum* 13. *de vi et vi arm.* y porque puede constituirse el usufructo por una parte separada ó indivisa, *l.* 5. *hoc tit.* Así lo sintió la Glosa en *d. l.* 4., y latamente lo explicó Conn. 4. *comm.* 5. Finalmente, aunque concedamos que puede el usufructuario llamarse dueño con respecto del derecho que tiene, siempre resultará que ejerce este derecho en una cosa agena; por lo que, no viene comprendido en la definicion, ni el marido, ni el heredero fiduciario, ni el enfitéuta, puesto que la cosa en que estos tienen el usufructo es propia suya, y hacen uso de ella por derecho del dominio que tienen, no por el de un usufructo separado del mismo. En infinitos lugares se dice que el marido es el verdadero dueño de la dote mientras subsiste el matrimonio, *infr. quib. alien. lic. in pr. l. si prædium* 13. §. 2. *de fundo dot. l.* 7. *si res.* 3. *de jur. dot. l. si prædium* [illegible] *Por esta razon se le* [illegible]

(a) L. 33. tit. 1 P. 4

cede la vindicacion de la cosa dotal, *l. docet.* 9. *C. de rei vind.*, y la enagenacion de las cosas muebles, *l.* 3. §. 2. *de suis et legit.* *l.* 3. *de jur. dot. auth. sive á me.* §. 1. *C. ad sen. Vell.* Tambien el heredero á quien se ha rogado que restituya alguna cosa desde cierto dia, despues de su muerte es dueño interinamente de dicha cosa, y no usufructuario, *l. species* 15. *de aur. arg. l.*; solo porque cediendo el dia del fideicomiso debe restituirla hablan en algunas ocasiones los legisladores de dicha cosa, como que fuese agena, y asi lo hace Justiniano en la *l. ult.* §. *sed quia* 2. *C. comm. de legat.* Lo propio sucede con la cosa dotal porque el marido tiene en ella un dominio temporal que debe volver á la muger, disuelto el matrimonio, *l.* 7. §. *si fundum* 12. *in fin. sol. matr. l. in rebus* 30. *C. de jur. dot.* Mayor razon de dudar podia haber acerca del enfitéuta, á causa del dominio directo que otro tiene; pero esto no obsta para que pueda concederse cierta propiedad en la cosa enfitéutica con respecto al enfitéuta, como puede hacerse en la cosa feudal con respecto al vasallo, 2. *feud. tit.* 43. Prueba de esto es, que el enfitéuta puede legar separadamente á uno el usufructo de una cosa enfitéutica, y á otro la propiedad nuda, deducido aquel, *l.* 1. *pr. quib. mod. us. am.* Joan de Castill. *tract. de usufr. cap.* 59. *num.* 10. *et* 11. Y por ventura ¿no lo prueba tambien que el enfitéuta puede vindicar, donar y obligar á otro el mismo fundo enfitéutico, imponerle servidumbre y hacer cualquier cosa en él, entablar la accion real hasta contra el mismo señor directo, y nó para reclamar un derecho separado, como lo hace el usufructuario en la accion confesoria real, sino la misma cosa? *l.* 1. *et* 2. *ag. vect.* Así es, que el enfitéuta hasta tiene mas derecho que el mismo señor directo; por cuya causa se le llama tambien dueño del prédio enfitéutico, *l. possessores* 12. *C. de fund. patrimon. lib.* 11. Muy semejante al enfitéuta es el señor superficiario, *l.* 1. *de superfi. d. l.* 1. *quib. mob. us. am.*

7. *Salva rerum substantia*). Esto quiere decir, si hemos de creer á Teófilo y á Gifanio, que dura el usufructo mientras permanece salva la cosa; pero á mí me parece que estas palabras significan el modo como debe hacerse uso del usufructo, dándose á entender que el usufructuario ha de usar de la cosa, de modo que la conserve salva para el dueño; y así por esta cláusula se le prohibe el consumirla ó destruirla, y el darla otra forma (a). Supóngase, pues, que se ha dejado el usufructo de unas ovejas: no debe el usufructuario matarlas para comer su carne, puesto que esto pugna con la naturaleza del usufructo. Aquel á quien se ha legado el usufructo de un fundo no debe cortar los árboles frutales, ni derribar la casa de campo, ni hacer cosa alguna en perjuicio de la propiedad, *l.* 13. § *fructuarius* 4. *hoc tit.*; y si no labrare los campos; no reemplazare las cepas muertas, ó dejare que se obstruyan los acueductos, no se entiende que hace uso de la cosa quedando salva su substancia, *d. l.* 13. §. 2. (b). Legado el usufructo de una cosa no mudará la disposicion de los cuartos ó átrios ni los derribará para edificarlos de nuevo, *d. l.* 13 §. *sed si ædium* 7., aun cuando mejore la casa, *l.* 7. *in fin. l.* 8. *leg. usufructuarius* 44. *eod.*; pues lo que se dice de que puede el usufructuario mejorar la causa de la propiedad, *d. l.* 13. §. 4. debe entenderse en el solo caso de que esto lo haga cultivando lo que encontró sin mudar la cualidad de la cosa.

8. Debemos ahora considerar mas detenidamente lo que antes tocamos ya, pero tan solo de paso. Dijimos que en el usufructo siempre venia comprendido el uso, *l.* 14. §. 1. *de usu et hab.*, y que aquel que no se hace uso de la cosa segun la naturaleza de ella no usa de la misma, sino que abusa, *l. sed si quid.* 15. §. 1. *hoc tit.* Con esto queremos dar á entender que aquel que usa así, no disfruta como debe, y que no se considera fruto lo que no se percibe del uso á que la cosa está destinada. De ahí es que los partos de las esclavas no serán del usufructuario, *l. vetus* 68. *eod.* §. *in pecudum.* 57. *sup. de rer. div. l. in pecudum* 28. *de usufr.* pues no se tienen estas para que paran, sino para que sirvan, *l. ancillarum* 27. *de hær pet.* Tampoco pertenecen al usufructuario los árboles grandes y frutales, *l.* 11. *l.* 13. §. 4. *hoc tit.*; puesto que no se tienen para ser cortados, sino para dar fruto, ó para servir de adorno y hacer sombra. De ahí finalmente se deduce que el usufructuario no puede cortar un bosque que no está destinado á ello, ó que el dueño no le tiene para este objeto, *l.* 9. §. *ult. eod.*; aunque podrá sacar del mismo madera para reconstruir su casa y pértigas para su viña, *l.* 10. *l.* 12. *eod.*, en donde hablan latamente Paul. y Bus. Para que, pues, el señor pueda estar seguro de la propiedad está obligado el usufructuario, exigiéndolo aquel, á dar caucion de que hará uso de la cosa como un buen padre de familias, y que cuando el usufructo deje de pertenecerle restituirá

(a) D. l. 20 vers. Pero.

(b) L. 22. d. tit. 31. P. 3.

lo que quede, *d. l.* 13. *in pr. l. et tot. tit. usufr. quem. cav.*, cuya caucion la dá por medio de fiadores (a), *d. l.* 13. *l.* 4. *Cod. eod. l.* 7. *et ult. usufr. quem. cav. l.* 7. §. *tutor* 4. *qui satisd. cog.*; y pertenece á todas las especies de usufructo y á todos los usufructuarios, excepto al padre respecto del usufructo de los bienes adventicios de sus hijos, *l.* 6. §. *non.* 2. *l. ult.* §. *fin.* 4. *Cod. de bon. quæ. l.*: el fisco segun la *l.* 4. §. *si ad fiscum* 18. *ut. l. nom. car.* en el caso de la *l.* 9. §. 2. *usufr. quem. cav.*, y el donante de todos ó parte de sus bienes que se retiene el usufructo: segun la *l.* 49. §. 4. *de re jud.*

9. En tanto esto es así, como que ni el mismo testador puede remitir esta caucion, *l.* 7. *C. ut in pos. l. dec. cur. Holl.* 20. Christ. *vol.* 2. *dec.* 175. *num.* 7. *et seq.*; para que de este modo hallándose libre enteramente el usufructuario no se le invite á delinquir, y á derrochar á su arbitrio la cosa fructuaria, segun así es el sentido y razon comun: véase á Clar. §. *testam. qu.* 64. Juan del Castill. *tract. de usufr. cap.* 13.: cuyo autor dá tambien otra razon; á saber, porque dicha remision en cierto modo pugna con la naturaleza y fin del usufructo legado. En dicho lugar advierte muy bien el mismo autor que remitida la caucion por el testador no se viciaria el mismo legado del usufructo, sino que se tiene aquella remision por no escrita segun la *l.* 6. *ut in poss. leg.* Si, pues, la caucion no puede ser remitida por el testador, tampoco podrá serlo la confeccion de inventario, que es un antecedente necesario á la caucion, Castill. *d. loc.* insiguiendo á los *DD. com.* A pesar de esto es muy conforme á la razon que el heredero pueda remitir dicha caucion, Accurs. Gail. *obs.* 43. Castillo *d. lug. n.* 16. Christin. *d. decis.* 175. Aunque pienso que semejante remision no obstará al heredero para que pueda despues exijir otra vez la caucion por una justa causa, como que lleva inherente la tácita condicion de que el usufructuario use bien de la cosa. Si, empero, este último no puede dar caucion, por cuanto á causa de su pobreza no encuentra un fiador idóneo ¿no será justo admitirle ofreciendo la caucion juratoria? O si de este modo no se considera bastante seguro el propietario, ¿deberá la cosa usufructuaria depositarse en poder de un hombre honrado, ó podrá el propietario retenerla prestando á su vez caucion al usufructuario para que se cumplimente la última voluntad del difunto? En tamaña variedad de pareceres pareció mejor el de aquellos que creen que todo esto se ha de dejar al arbitrio del juez, quien consideradas las circunstancias de las personas y de la cosa de que se trata, é investigadas las facultades del usufructuario determinará lo que en el caso propuesto debe hacerse; si ha de recibirse del usufructuario la caucion juratoria, á lo que con todo no se obligará fácilmente al propietario, ó si ha de dejarse la misma en poder de un varon honrado, ó bien si ha de quedar en poder del mismo propietario; de suerte que en todo caso se mire por este, y por el usufructuario quien perciba la utilidad que quiso el testador absolutamente que percibiese. Puede aquí notarse aquello de Ulpiano en la *l.* 2. §. *item Varus* 5. *in fin. de aq. pluv. arc. Sujiere esto la equidad, aunque no lo disponga el derecho*: véase á Castill. *d. tr. c.* 48. *n. ult.* Gail. 2. *obs.* 47. Otras cargas competen al usufructuario; por ejemplo, si ha de hacerse alguna reparacion, ó recomponer los tejados; aunque con la distincion que se encuentra en la *l.* 7. §. 2. *hoc tit.*; el que cure los animales enfermos, supla los rebaños con las reses de las mismos nacidas, substituya en lugar de los árboles muertos otros, pues que debe cultivar la cosa como buen padre de familias, lo que viene comprendido tambien en la caucion fructuaria; véase el §. *sed. si gregis* 38. *sup. de rer. div.* Además, está obligado á satisfacer las cargas de los prédios como son los tributos, contribuciones y pensiones que se le imponen, *l.* 7. §. 2. *l. si pendentes* 27. §. 3. *hoc tit.* (b) véase á Castill. *d. tract. c.* 50. *et seq.* Christ. *vol.* 2. *decis* 176. *n.* 4. *et* 2.

10. *Est autem jus in corpore, quo sublato*). Por extinguido (*sublatum*) entiéndese aquí, no aquello que enteramente se extingue, sino lo que deja de ser lo que antes fué, que muda de tal suerte de aspecto, que se aumenta ó disminuye de modo que pasa á ser una nueva especie, y recibe otro nombre, *leg.* 3. §. *pen.* y en seguida hasta la *l.* 13. *quib. mod. us. am.* (c); pues si perciere todo el cuerpo, ó toda la cosa, ni el mismo dominio ni propiedad subsisten. De la variacion ó mudanza de la cosa fructuaria tratamos mas latamente en el §. 5. *hoc tit.*

TEXTO.

Quibus modis constituitur.

1. Ususfructus à proprietate separationem recipit: idque pluribus modis accidit; ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit; nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius, vero usumfructum. E contra si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres vero usufructum.

(a) L. 1. 20. vers. Pero y sig.

(b) L. 22. d. tit. 31. P. 3.

(c) L. 25. d. tit.

... usumfructum, alii deducto eo, fundum legare potest. Sine testamento verò si quis velit usumfructum alii constituere; pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

TRADUCCION.

De que modos se constituye el usufructo.

El usufructo se separa de la propiedad de muchos modos; como por ejemplo, si uno legare á otro el usufructo; pues el heredero tiene en este caso la propiedad nuda y el legatario el usufructo. Por el contrario, si se legare el fundo, deducido el usufructo, el legatario tendrá la nuda propiedad y el heredero el usufructo. Tambien puede legarse á uno el usufructo, y á otro el fundo deducido este, pero si uno quiere constituir en favor de alguno el usufructo fuera de testamento, debe hacerlo por medio de pactos y estipulaciones (a). Para que la propiedad no fuese inútil para siempre, estando siempre separado de ella el usufructo se dispuso que este se extinguiese de varios modos y se uniese otra vez á la propiedad.

COMENTARIO.

1. *De cuántos y cuáles modos se constituye el usufructo y se separa de la propiedad?*
2. *Por la constitucion y adquisicion del usufructo no basta el nudo pacto, sino que se requiere tambien la tradicion ó un hecho que la represente; mas por testamento se constituye* ipso jure.

1. *Pluribus modis*). De varios modos se separa de la propiedad el usufructo, y se constituye en favor de alguno; pues la ley lo constituye en favor de ciertas personas, como en favor del padre en los bienes adventicios del hijo, *leg.* 6. *l. ult. C. de bon. quæ lib.* §. 1. *infr. per. quas pers.* (b); tambien en favor del padre emancipante en la mitad de los bienes del hijo emancipado, *d. l.* 6. §. 3. *Cod. et* §. 2. *infr. d. t.* Constitúyelo el juez en los juicios de partir la herencia, y dividir lo comun por medio de adjudicacion si la cosa no puede dividirse cómodamente, *l.* 6. §. 10. *com. div. l.* 16. §. 1. *fam. erc. l.* 6. §. 1. *h. t.* §. 4. *inf. de off. jud.* y tambien se adquiere el usufructo á manera de las demás servidumbres por el uso y la larga cuasi-posesion; por ejemplo, si habiéndonos uno que no era dueño vendido el usufructo lo poseyéremos por el tiempo legítimo, *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temps.* En este párrafo solo hace mencion el emperador de dos modos; á saber, aquellos por los que dije al final del título precedente, que se constituian las servidumbres prediales; esto es, la última voluntad y las estipulaciones ó pactos.

Ut ecce). Explica claramente tres fórmulas de legar con las que se constituye el usufructo, y se separa de la propiedad. En ellas debe advertirse que aquellas palabras, *deducido el usufructo*, no son supérfluas sino que se han puesto de propósito, como tambien en *d. l.* 6. *h. tit. l.* 4. *si usufr. pet.*; pues si á uno se le ha legado el usufructo y á otro el fundo separadamente, sin que se hayan puesto estas palabras, *deducido el usufructo*, los dos tendrán parte en él, *l. si alii* 19. *de usufr. leg. l.* 6. *de usufr. ear. rer.* Ni obsta lo que se dice en *d. l. et puto* 16. §. 1. *fam. erc.* que si el juez adjudicare á uno el fundo y á otro el usufructo no se hace este comun de los dos; pues que el objeto de los juicios divisorios es el disolver la comunion, *l.* 1. *eod. tit.*; y ni en el caso en que se legare á uno el usufructo y á otro la nuda propiedad de una cosa, creo que nadie dijese que el usufructo se hace comun.

2. *Pactionibus et stipulationibus*). *L.* 3. *pr. eod.*: véase *sup.* §. *ult. tit. præc.* Esto es, por medio de los pactos, no nudos, sino vestidos segun hablan los doctores; esto es, de aquellos que son idóneos para transferir el dominio, tales como la compra, la permuta ó donacion. Puede, pues, cualquier dueño de una cosa vender á otro, donar ó ceder el usufructo de la misma, reteniéndose la nuda propiedad; ó al reves la nuda propiedad reteniéndose el usufructo, *l. quod nostrum* 63. *eod. l. quisquis* 28. *C. de donat.*; y puede tambien vender ó donar el usufructo á uno, y en seguida á otro la propiedad que retuvo. Con todo, tambien por el nudo pacto se constituye útilmente el usufructo si se añade incontinenti al contrato ó convencion legítima ó á la tradicion ó division, *dict. leg.* 28 *Cod. de don. l. Seja* 42. *de mort. caus. don. eod. arg. l. cum essent.* 33. *de serv. præd. rust. l. vend.* 13. *comm. præd. l. in traditionibus* 48. *de pact.* Lo que dijimos de las servidumbres prediales, que no se adquirian por solo los pactos sin un hecho que representase la tradicion es extensivo á la adquisicion del usufructo, *l.* 5. *de serv. l.* 3. *hoc tit. l.* 3. *de obl. et act. arg. l. traditionibus* 20. *C. de pact.*; pues en general debe tenerse presente que en aquellos casos en que se requiere la tradicion para adquirir una cosa corporal en los mismos tambien se requieré para adquirir una cosa incorporal, en cuanto lo permite su naturaleza; como en el caso propuesto se considera entregado el usufructo si el dueño que lo constituyó introduce al usufructuario en el fundo, y permite que lo

(a) L. 20. tit 31. P. 3.
(b) L. 5. tit. 17. P. 4.

usufructúe. *d. l.* 3. *hoc. tit.* Por testamento se constituye el usufructo *ipso jure*, de modo que para adquirir aquí el derecho real y la vindicacion no se exije la tradicion del heredero, sino que basta la nuda voluntad del testador, lo que por derecho antiguo solo tenia lugar cuando el usufructo se habia legado por vindicacion; pues el legado por damnacion se prestaba por un hecho del heredero segun Paulo 3. *sent.* 6.; pero actualmente es igual el efecto de entrambos legados, despues que se igualaron todos estos, §. 2. *inf. de legat. l.* 1. *C. comm. de leg.* De ahi aparece que Triboniano por alguna negligencia confundió la accion personal con la confesoria, *l. pen. C. hoc. tit*; lo que el mismo lugar prueba manifiestamente. Del usufructo legado por damnacion se trata en la *l.* 3. *h. tit. l.* 2. *si usufr. pet.*; y del legado por vindicacion en la *l.* 34. §. *pen. de legat.* 1. *l.* 10. *l. si quis* 29. *de us. leg.* 1. *seq. et qui* 25 §. *ult h. tit. l. un.* §. 2. *qu. de us leg.* Castill. *tract de usufr. c.* 9. VINN. Lo que Vinnio dice aquí que Triboniano en la *l. pen. C. de usuf.* por cierta negligencia confundió la accion personal con la real no deja de ser dicho con alguna lijereza; y no puede objetarse á Triboniano tan crasa negligencia. Disputaban los antiguos, no sobre si el usufructo entregado ya y adquirido se perdia por el no uso, pues en esto no habia duda ninguna, sino sobre si el usufructo prometido ó legado y no reclamado por el estipulante ó legatario se perdia por el no uso, de tal modo que ni tan solo quedase la accion personal. Supongamos que se ha legado el usufructo del fundo Corneliano a Ticio: este habria podido hacer uso de la accion confesoria real para conseguir dicho usufructo, pero no lo hizo durante el tiempo legítimo de dos años; transcurridos los cuales antiguamente se perdia por el no uso el usufructo de una cosa inmueble; despues de este tiempo no podia hacer uso de la accion real confesoria porque el usufructo se habia perdido por el no uso; pero se preguntaba si aun le quedaba la accion personal por testamento. Nada pues hay aquí que manifieste la negligencia de Triboniano. HEIN.

Placuit certis modis extinguis). Descuidóse aquí otra vez por Triboniano la ley del método, á no ser que se diga que es por prolépsis; porque separado el usufructo de esta suerte, podia parecer inútil y ridículo la propiedad; pues que lo mismo es no tener el dominio de una cosa, que tenerlo inútil. Está copiado este lugar de Cayo, *l.* 3. §. 2. *h. tit.*

« En España segun las leyes 20. *tit.* 31. *P.* « 3. y la *l.* 15. *tit.* 17. *P.* 5. se constituye « el usufructo mediante convenciones, por u« tima voluntad, y por la ley, no haciéndo« mencion de la autoridad del juez en las divi« siones ni de la prescripcion. »

TEXTO.

Quibus in rebus constituitur.

2. Constituitur autem ususfructus non tantum i fundo et ædibus, verum etiam in servis, et jumentis et cæteris rebus: exceptis iis quæ à ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neu civili recipiunt usumfructum: quo in numero s vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus pr xima est pecunia numerata: namque ipso usu assidu permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine hær utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit; ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatar satisdet hæredi de tanta pecunia restituenda, si m riatur aut capite minuatur. Cæteræ quoque res it traduntur legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis hi satisdatur, ut si moriatur, aut capite minuatur, tant pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Erg Senatus non fecit quidem earum usumfructum, (ne enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

TRADUCCION.

En qué cosas se constituye el usufructo.

Constitúyese el usufructo, no solo en un fundo y e una casa sino tambien en los siervos, en los jumentos y demás cosas (a), *excepto en aquellas que se consumen por el uso; puesto que en ellos ni por razon natur ni por la civil puede tener cabida el usufructo I este número son el vino, el aceite, el trigo y los vestidos, y semejante á ellas es el dinero contado; pues que el uso y el cambio continuo, en cierto modo s extingue; pero por causa de utilidad el Senado dispuso que pudiese tambien constituir el usufructo d dichas cosas; con tal, empero, que se dé una cauc por ellas al heredero. Asi que, si se ha legado e usufructo de una cantidad de dinero, se dá al legatario de modo que se haga suya y afiance al heredero que restituirá otro tanto en el caso que mur ó sea capite minuido. Tambien las demás cosas se entregan al legatario de modo que se hagan suyas; pe hecha su estimacion afiance que si muriere ó fuere capite minuido restituirá la cantidad en que fueron estimada. El Senado no estableció un usufructo de dichas cosa pues que no podia; sino que por medio de la cauc estableció un cuasi usufructo de las mismas.*

NOTAS.

2. *Vinum, oleum.*) De estas cosas no se da uso sino abuso. Boet. *in. top. lib.* 2. Usamos de aquellas cosas que usando de ellas subsisten, y abusamos de aquellas que usando se consumen.

(a) L. 20. tit. 31. P. 3. vers. *La primera.*

Quodammodo). Esto es gastándose y enagenándose, y de este modo se dice que el dinero se extingue en Corn. Nep. *in Themist. cap.* 2.

De tanta pecunia restituenda). La cláusula de la caucion fructuaria por la que se promete usar de la cosa como un buen padre de familias, *l.* 1. *us. quem. cav.* no pertenece al cuasi-usufructo, y seria una cosa absurda que el dueño de la cosa prestase semejante caucion.

Si morietur aut capite minuatur). Solo por estos modos puede extinguirse el usufructo, *t.* 7. *l.* 10. *d. tit.*

Sed æstimatis). O prometerá que restituirá otras cosas de la misma cualidad, aunque aquello es mas cierto y seguro, *l.* 7. *de us. ear rer.*

Nec enim poterat). Pues que la autoridad del Senado no podia mudar el derecho natural, *l.* 2. §. 1. *eod.*

COMENTARIO.

1. *Porqué no puede constituirse un usufructo de las cosas fungibles?*
2. *Entre estas no se cuentan los vestidos, contra lo que piensan muchos y el mismo Triboniano.*
3. *Bajo que aspecto se considera el dinero y otras cosas fungibles?*
4. *Si la caucion cuasi fructuaria es de la esencia del cuasi-usufructo?*
5. *Expónense las partes de la caucion cuasi fructuaria y se manifiesta un grande error de Minsengero*

Trátase en este párrafo de las cosas en que puede constituirse el usufructo. Y debe saberse que puede este tener lugar en todas aquellas cosas de las que puede percibirse una utilidad, ó ventaja cualquiera, ya sean inmuebles, como una casa ó un fundo; ya muebles como un esclavo, un jumento, una alhaja; en lo que se diferencia el usufructo de las servidumbres reales, que solo pueden constituirse en los prédios. Y hasta puede tener lugar el usufructo de las cosas incorporales; por ejemplo, de los créditos, *l.* 3. *de usufr. ear. rer.*, de modo que el usufructuario habiendo conseguido la cosa, haga uso de ella; y tambien de la jurisdiccion que llaman patrimonial, percibiendo en este caso el usufructuario las multas y penas pecuniarias, como á frutos de la jurisdiccion, Schneid, en este párrafo junto con otros que mas arriba cité. Ni es esto un cuasi-usufructo como piensa Bacovio, pues no puede llamarse así en el sentido en que se dice de las cosas que se consumen por el uso, pues que la jurisdiccion no se dá al usufructuario para que la haga suya; por lo que, cumplido el usufructo debe restituirla, y afianzar del mismo modo que lo hace el usufructuario de una cosa incorporal que produce frutos; véase la *l.* 1 *de usufr. leg.*

1. Exceptúanse tan solo aquellas cosas que se consumen por el uso; tales como el vino, el aceite, el trigo y demás que constan de peso, número y medida, y se llaman fungibles. Estas cosas, segun dice el emperador no son capaces de usufructo, ni por razon natural, ni por razon civil; esto es, que es tal la naturaleza del usufructo y el derecho que sobre él rije que debe estar constituido en cosa agena, ó debe tenerlo aquel que no sea dueño de la cosa fructuaria, teniendo el derecho de usar de ella y de separar de la misma los frutos, y percibir las ventajas resultantes por ocasion de la cosa; de suerte que esta, cuya propiedad tiene otro quede salva é íntegra, y dé fianza el usufructuario que la restituirá concluido el usufructo. Nada de esto se observa en las cosas consumibles; esto es, en aquellas que se consumen y extinguen por el uso; pues que de ellas ninguna utilidad puede percibirse, á no ser que se consuman; y esto no puede hacerlo sino aquel que es su dueño.

2. *Vestimenta*). Lijera é inconsideradamente comprendió Triboniano entre las cosas que se consumen por el uso los vestidos; pues que no se dicen consumirse por el uso aquellas cosas que por él se deterioran, sino aquellas que desde luego pasan y se extinguen, y cuyo uso consiste en el abuso. De otro modo, por una razon análoga deberia decirse que casi todas las cosas muebles y utensilios, principalmente de lienzo, como son los manteles, servilletas, colchas, deben contarse en la misma clase que los vestidos, y que de ellas no hay verdadero sino cuasi-usufructo, lo que nadie pensó decir. Ni Ulp. *l.* 1. *h. tit. de usufr. ear. rer. quæ us. cons* cuando dice que hay cuasi-usufructo en aquellas cosas que se extinguen ó disminuyen por el uso entiende las cosas que se deterioran por este, sino las que se consumen por partes, por ejemplo, si á alguno se le ha dejado el usufructo de alguna medida de trigo. Tambien es cierto que los vestidos no son cosas fungibles, pues no pueden darse en mútuo. En aquellas cosas, empero, que no pueden darse en mútuo no puede haber cuasi-usufructo. Finalmente, que los vestidos no han de considerarse entre aquellas cosas que se consumen por el uso, lo prueba el uso que de los mismos hacemos, puesto que pueden darse en comodato á otro, y alquilarse; lo que no puede tener lugar en

aquellas cosas que se consumen por el uso, §. *pen. inf. de loc. l.* 5. *commod. in fin.* Debe, pues, decirse que así como respecto de los esclavos, jumentos, alhajas y otras cosas muebles, aun cuando se destruyen por el uso se constituye un verdadero y natural usufructo, lo propio sucede tambien con los vestidos. Por esto, legado el usufructo de los vestidos no se darán al legatario para que se hagan suyos, y para que los consuma á su arbitrio, ó pueda abusar de ellos, como sucede en el usufructo de las cosas fungibles, sino para que use de ellos como lo haria un buen padre de familias, *leg.* 15. §. *et si* 4. *hoc tit.*; lo que es propio del verdadero usufructo, como lo manifiesta la primera parte de la caucion que se exije en este, *l.* 1. *usufr. quem. cav.* Y no afianzará el legatario que concluido el usufructo restituirá unos vestidos de la misma cualidad ó su estimacion, como sucede en el usufructo de aquellas cosas que se consumen por el uso, *l.* 7. *hoc tit.*, sino la misma cosa y especie que recibió, *l.* 9. §. *pen. usuf. cav.*, segun la otra parte de la caucion que tiene lugar en el verdadero usufructo. Y en esta parte de la caucion no se contiene que el promitente restituya la cosa no deteriorada, tal como era al tiempo de constituirse el usufructo, pues basta que no se haya deteriorado por dolo ó culpa suya; no pudiendo decirse que haya culpa ninguna en aquel que usa de la cosa que recibió para el objeto por qué la recibió; como se ha respondido acerca de la cosa dada en comodato, y deteriorada sin culpa del comodatario, *l.* 10. *in pr. commod.* Así que, se libra restituyendo el cuerpo que queda despues del uso; y así en el caso propuesto la fórmula de la caucion suele concebirse no diciendo que se restituirá la misma cosa, sino lo que de ella quedare, *l.* 1. *in pr. et* §. *ult. usufr. quem cav.* Pero aun cuando se hubiese afianzado que se restituirá la misma cosa sucederia lo propio, como ya en este mismo caso que tratamos refiere Ulpiano insiguiendo á Pomponio, *d. l.* 9. §. *pen. usufr. quem cav.* lo que habiéndolo advertido Canciuncula pensó que esto se habia, no sé por qué razon especial, introducido en el cuasi-usufructo de los vestidos. Acursio trata de encubrir el error de Triboniano con dos sutilezas: una en *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.*; y otra en este párrafo. En aquella, segun se deduce de sus mismas palabras, piensa que hay diferencia entre que se haya legado el usufructo de los vestidos estimados, ó bien *simpliciter* como de cualquier otro cuerpo: en este caso confiesa que se ha dejado un verdadero usufructo, y que el legatario queda libre restituyendo aquello que queda concluido aquel, segun la *l.* 9. §. *pen. usuf. quem cav.* Pero en el primer caso le parece que se ha legado un cuasi-usufructo de los vestidos, concluido el cual, deberá volverse su estimacion; cuya opinion siguen tambien Aretino y Fabro, y aquí refieren este párrafo. Pero sentado esto, no podrá decirse que se haya dejado el usufructo de los vestidos, sino del mismo precio, el que será el único que haya de restituirse, y no otros vestidos del mismo género y puede esto suceder tambien en otras cosas estimadas dadas en usufructo, que por una razon semejante á la primera, pueden como á cierta especie estimarse y convertirse en mútuo. Esto, pues, favorece en poco á Triboniano, y el mismo lugar de donde sacó Acursio esta distincion, á saber, *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.*, parece corrompido, pues no dudo que aquellas palabras: *non sicut quantitatis ususfructus legetur* fueron introducidas furtivamente, y puestas por algun imperito glosador que quiso lisonjear á Triboniano, puesto que perturban la construccion, y producen un sentido perplejo, admirándome que nadie haya observado esto antes de Bacovio. Lo otro que inventó Acursio para defensa de Triboniano, se halla en la explicacion de este párrafo en donde distingue dos especies de vestidos: una de los temporales, y otra de los perpétuos; y entre estas especies dice que hay la diferencia de que en aquella se constituye un cuasi usufructo, y en esta uno de verdadero. Bajo el nombre de temporales, (de los que solamente habla aquí segun el, Triboniano) comprende los que sirven para un uso diario, y bajo el de perpétuos los de luto y los de teatro, cuyo uso es menos frecuente. Mas á esta distincion se opone claramente *d. l.* 15. §. 4.; y el jurisconsulto enseña en aquel lugar y en el §. *sig.* que entre el usufructo de los vestidos diarios, y el de los otros solo hay la diferencia de que estos pueden alquilarse por el usufructuario, mas no aquellos. Si hay alguna cosa que pueda excusar á Triboniano, solo es lo que piensa Don. 10. *com.* 4.; á saber, que puso la especie hecha en vez de la materia de que se hace por metonimia; esto es, el vestido por la lana de que es hecho: véase la *l. pen. de usufr. ear. rer.* n. VINN. Esto empero, algo violentamente; ¿pues quién diria vestido en vez de lana? Mucho mas prabablemente conjeturan aquellos que distinguen entre los vestidos legados como á una cantidad, y los legados como á tales vestidos, diciendo que en aquellos hay un cuasi usufructo y en estos uno verdadero, aunque dificilmente se concibe que uno quiera legar un vestido co-

mo una cantidad. Asi es que tambien segun mi parecer se equivocó Triboniano. Hein.

Quibus proxima est pecunia numerata). En general bajo la palabra *pecunia* se comprenden todas aquellas cosas que están en el patrimonio, *l.* 5. *l. pecuniæ* 222. *de verb. sign.* Y por esta razon dice aquí *pecunia numerata*; designando de este modo tan solo las monedas; esto es, la plata, oro ó cobre acuñado, ó sea marcado con el sello público, cuyo uso y dominio no se considera por su esencia, sino por su cantidad ó valor impositicio, *l.* 1. *de cont. empt.* En cuanto al oro ó plata no acuñado no hay duda ninguna que puede hacerse uso de ellos sin consumirlos, por ejemplo, los vasos de dichos metales, *l. ult. usuf. quem cav.*; y asi se lega útilmente el usufructo de las medallas antiguas de oro ó plata, que suelen emplearse para adorno, *l. numismatum* 28. *hoc tit.* Vinn. El ilustre varon Gerardo Noodt *Obs.* 1. 5. explica muchas cosas acerca de estas medallas, y dice que los antiguos en ciertas ocasiones las emplearon en vez de piedras preciosas para adornar á los niños en su infancia; lo que tambien se acostumbra hacer en Germania. Hein.

3 *Quodammodo extinguitur*). De propósito dice *en cierto modo*, pues que no de la misma manera que el vino, aceite y trigo se consumen con el uso sucede otro tanto con el dinero por medio de la permuta; puesto que naturalmente no se extingue, pues aun cuando lo permutemos con otra cosa, ó lo demos en solucion ó donacion á otro siempre quedan las mismas monedas sin que perezcan por el uso. Pero si atendemos á aquel que hace uso del dinero, enagenándolo ó gastándolo, en cuanto al efecto, para él se consume y extingue por el uso; pues que en dicho caso deja de ser su dueño y poseedor, del mismo modo que si lo hubiese consumido. Deben tambien contarse entre las cosas consumibles aquellas que se emplean para hacer algun medicamento, como son las drogas y perfumes, *l. pen. de us. ea. rer.*, y tambien aquellas que se destinan para hacer otras cosas, y las que á no ser que se cambien en estas no pueden servir por si mismas para nada; tales son por ejemplo, la lana de que nos servimos para hacer vestidos, ó cobertores, *d. l. pen.*, y la que si se convierte en dichas cosas es necesario que se extinga con el uso, puesto que primero se ha de convertir en hilo, y luego de este se ha de tejer aquello en que queremos convertirlo, *l. sed. si meis* 26. *de acq. rer. dom.*

Utilitatis causa Senatus censuit). *L.* 1. *et* 2. *de us. ear. rer.* Para dar mas latitud á la voluntad de los moribundos se permitió por el senado-consulto que pudiese tambien constituirse cierto usufructo de las cosas consumibles, para que aquellos que no quisiesen dejar dichas cosas en pleno y perpétuo derecho de los legatarios, pudiesen dejárselas en usufructo. Habiendo, pues, al constituir este tenido en consideracion el Senado el favor á las últimas voluntades, segun aparece de que solo se hace mencion del usufructo legado de estas cosas, ya en este lugar, ya en todo el título, *l. usufruc.* 69. *ad leg. Falc.*, y tambien en Ulpiano, *tit. de legat.* §. *Senatus* 25. no sin razon piensan Hotomano y Wesembecio, en union con Connano 4. *com.* 3. que nunca podrá constituirse de otra suerte, esto es, por convencion entre vivos; aunque admitido y recibido el legado de semejante usufructo, no veo razon ninguna que impida el que pueda hacerse extensivo á las convenciones. De todos modos fué necesaria la autoridad pública para que se introdujese desde un principio. Vinn. No se sabe el tiempo en que fué dado este senado-consulto, ni la historia del mismo. En tiempo de la república libre no estaba en uso este derecho. Cic. *Top. cap.* 3., y con todo Masurio Sabino hace mencion de él en la *l.* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rerum, quæ usu cons.* Por lo que, no sin fundamento conjetura el esclarecido Escultingio en Ulpian. *tit.* 24. §. 27. *p.* 6[illegible]3. *seq.* que este senado-consulto fué dado en tiempo de Augusto ó de Tiberio. Hein.

Hæredi utiliter caveatur). Es decir afiance por medio de fiador; pues que esta caucion es satisdacion, como en el usufructo verdadero, *l.* 8. *l.* 9. *et* 10. *eod. l.* 7. §. 1. *usufr. quem caveat*; y en este mismo lugar se hace mencion por dos veces de la satisdacion. Introducida, pues, la caucion empezó á estar en uso este cuasi-usufructo, *l.* 2. §. 1. *hoc tit.*, ó bien como dice Justiniano al fin de este párrafo el senado constituyó el cuasi-usufructo por medio de la caucion, como una imágen del verdadero; de modo que en él tambien puede considerarse que uno tiene la propiedad, y otro en cierto modo el usufructo; pues aunque semejantes cosas se dan al legatario para que las haga suyas con objeto de consumirlas; con todo, á causa de la caucion que hace las veces de la propiedad para el heredero, se consideran aun como agenas, y que el legatario solo tiene el usufructo de las mismas; por cuanto concluido su uso debe restituir la misma cantidad que recibió. Esta caucion es tan necesaria en este usufructo como la otra en el verdadero, y no puede á la par que esta ser remitida por

el testador, *l. 4. Cod. de usufr. l. 6. ut in poss. leg.*

4. Pregúntase ahora, si esta caucion es de la esencia de este usufructo. Y ciertamente, si se pregunta si es necesario prestarla antes que se den las cosas para usar de ellas; ó si despues de entregadas puede no obstante exijirse, la cosa es clara; pues en el usufructo verdadero no se transfieren las mismas cosas, ó los frutos antes que se haya prestado la caucion propia del mismo, *l. 13. de usufr. l. 4. C. eod.*; de otra suerte la cosa entregada puede vindicarse, y reclamarse la estipulacion que se ha omitido, *l. 7. usufr. quem cav.* Mas si se pregunta, si la forma del cuasi-usufructo consiste en la caucion, es esta una cuestion absurda é inútil; puesto que la caucion que en este cuasi-usufructo hace las veces de propiedad no puede decirse la forma de este usufructo mas de lo que la propiedad puede decirse que lo sea del verdadero y natural. Pero tal vez se pregunte si del mismo modo que no hay usufructo verdadero ninguno sin la propiedad que se le oponga, así tampoco puede concederse que exista ningun cuasi usufructo sin la caucion que hace las veces de propiedad. Y es cierto que no puede concederse que haya cuasi-usufructo si no hay alguna cosa que represente la propiedad, y esto lo hace la caucion cuando se ha prestado. Con todo, aunque se haya omitido por el heredero, á pesar de ello se considera que hay usufructo, y que interinamente tiene el derecho de exijir la caucion, y concluido el usufructo tendrá por el senado consulto la facultad de reclamar la cantidad en vez de la propiedad, *l. 5. §. 1. hoc tit.*; de modo que ni aun en este tentido la caucion es absolutamente necesaria ó de esencia del mismo cuasi-usufructo. Sentado esto, nadie puede dudar que esta caucion puede ser remitida por el heredero, y que el usufructuario que posee sin vicio ninguno, aun antes de prestar la caucion puede utilizarse de las ventajas de la cosa, como sucede en el verdadero usufructo. Detenidamente trata de esto Pinel. *ad l. 1. C. de bon. matern. part. 1. num. 77. et seq.* Castill. *tract. de usufr. cap. 13. et 16.* Con todo, la caucion puede decirse de esencia del cuasi usufructo, en cuanto se considera que por ella fué introducido y constituido por el senado. De paso añado, que por el senado consulto se dispuso en general que pudiera legarse el usufructo de todas las cosas que están en los bienes, *l. 1. l. 3. hoc tit. l. 1. de usufr. leg. l. usufr. 69. ad leg. Falc.*, y que desde aquel tiempo, legado el usufructo de todos los bienes empezó á considerarse que tambien venian comprendidas en dicho legado las cosas consumibles, *arg. l. uxori meæ 37. de usuf. leg. l. 1. Cod de usufr.*, aunque antes de este senado consulto se observaba otra cosa entre los romanos, segun consta por aquel lugar de M. Cic. *in Trop. c. 3.* en que dice: *Aquella muger á quien el marido hubiere legado el usufructo de sus bienes no debe pensar que le pertenezcan las bodegas y despensas de aceite que haya dejado llenas; pues*, dice, *le ha dejado el uso, no el abuso*: véase á Alciat. *lib. 7. parerg. cap. 2.* Castill. *d. tract. cap. 58. num. 40. et 41.* Menoch. *lib. 4. de præsump. 142. num. 14.* No obstante, si solo se ha dejado el usufructo de las cosas muebles, es mas probable que no vienen comprendidas las cosas fungibles en dicho legado, Castill. *d. loc.*

5. *De tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur*). Dos partes tiene la caucion cuasi fructuaria: la una de las cuales trata de la restitucion, y la otra del modo como debe verificarse; pues la cláusula de la caucion fructuaria acerca de usar á juicio de buen varon no pertenece al cuasi-usufructo, como dice muy bien Castill. *d. tr. de usufr. c. 13. num. 13. et 51.*, contra la comun opinion. Por lo que hace á la restitucion, promete el usufructuario que restituirá, no la cosa misma que recibió, puesto que despues de consumida no puede tener esto lugar, sino otro tanto en el mismo género; ya se haya dejado el usufructo de una cantidad de dinero, ya de vino, aceite, trigo ú otra cosa semejante. Con todo, para obviar las disputas que pueden suscitarse acerca la cualidad de la cosa es mejor en el vino y otras cosas semejantes darlas, prévia estimacion, al usufructuario, y que este afiance por cierta cantidad de dinero, *l. 7. hoc tit.*; y así debe entenderse lo que dice Justiniano que *debe afianzar por estas cosas estimadas.* Esta parte de la caucion produce principalmente el efecto de que en este caso empieza á haber un cierto usufructo, pues la cosa que debe restituirse se considera agena y restituyéndose otro tanto en el mismo género se cree restituir la misma cosa, por cuanto, estas cosas son de naturaleza tal que se reemplazan unas á otras en el mismo género, haciéndose mútuamente sus veces, *l. 2. §. 1. de reb. cred.* De esta parte de la caucion y de la obligacion del usufructuario aparece que se equivoca Minsingero al pensar que los casos fortuitos y el peligro de la cosa pertenecen al propietario en el cuasi usufructo, lo mismo que en el verdadero, en cuyo error incurrió tambien Baldo. Efectivamente, ¿de qué modo se librará el usu

fructuario pereciendo una cosa que no debe? Prometió sí otra del mismo género ó su estimacion; prometió una cosa incierta, y esta no puede perecer; y además hasta la misma propiedad de las cosas en el cuasi-usufructo se traslada en realidad al usufructuario, de modo que no sé ver porque aquí no debe observarse lo mismo que en las cosas dadas en mútuo, cuyo peligro corre á cargo del que las recibe, §. 2. *inf. quib. mod. re cont. obligat.* La otra parte de esta caucion es la condicion de la restitucion, en lo que se diferencia este usufructo del mútuo; y que consiste en *si muriere ó fuere capite minuido el usufructuario.* Solo se ponen los dos casos de muerte y capitis diminucion, porque solo de este modo puede perderse el uso de las cosas fungibles, *l.* 9. *hoc tit. l.* 7. §. 1. *usufr. quem cav.*; pues pasando la propiedad de estas cosas al usufructuario, y pudiendo este usar de ellas á su arbitrio, y debiendo restituir, no las mismas que recibió sino otras de la misma cualidad, no puede extinguirse aquí el usufructo por el no uso, extincion ó mutacion de las cosas. En cuanto á la capitis diminucion, solo entendemos aquí la máxima y media, pues no debe dudarse que en esto tambien se mudó por Justiniano el derecho antiguo, por el que se extingue todo usufructo por la capitis diminucion mínima, *l. pen.* §. *ult. C. h. tit de usufr.*

TEXTO.

Quibus modis finitur.

3. Finitur autem ususfructus morte usufructuarii, et duabus capitis deminutionibus, maxima, et media, et non utendo per modum et tempus; quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit; quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu; vel vitio suo corruerint: extingui usumfructum, et ne areæ quidem usumfructum deberi.

TRADUCCION.

De qué modos se acaba.

Acábase el usufructo por muerte del usufructuario, por las dos capitis diminuciones máxima y media, y por el no uso segun el modo y tiempo; todo lo que estableció nuestra constitucion. Tambien se acaba el usufructo si el usufructuario lo cede al dueño de la propiedad; (pues cediéndolo á un extraño nada se hace) ó por el contrario si el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa, lo que se llama consolidacion. Tambien es cierto que si las casas fueren consumidas por un incendio ó destruidas por un terremoto, ó por sí propias, se extingue el usufructo, de modo que no se debe ni tan solo el area (a).

NOTAS.

3. *Cedendo extraneo nihil agitur*). Esto es, nada se hace en la persona del extraño, y con respecto á la intencion del cedente; pues que el usufructo se consolida con la propiedad, *l.* 66. *D. de jur. dot.* como lo probamos mas plenamente en el comentario.

Consolidatio). *L.* 3. §. *ult. l.* 6. *de usufr. acc.* Llámase así el derecho sólido, y de la sólida propiedad, *l.* 9. §. *ult. de acq. plur. arc. l.* 26. *sub fin. de us. leg.* Llámase tambien confusion, *l.* 4. *us. quem. cav.*

Ne areæ quidem). *L.* 5. §. 2. *quibus modis us. am.* Por cuanto ya no existen las casas, ni se llaman tales; y por el contrario se extingue tambien el usufructo si en el area, objeto del usufructo se ha edificado una casa, *d. l.* 5. §. 3. Un ejemplo semejante se halla en la *l.* 10. §. *ult. l. ult. eod.* Otra cosa sucede en el legado de la misma cosa; pues que legada la propiedad no hay nada en la cosa legada que no venga comprendido en aquella, *l.* 22. *de leg.* 1. §. 18. *inf. de leg.*; y lo mismo sucede en la cosa dada en prenda, *l.* 21. *D. de pign. act.*

COMENTARIO.

1. *Si por derecho antiguo el usufructo se extinguia por la adopcion y emancipacion, á la manera que sucedia con la arrogacion?*
2. *Puede perderse el usufructo no usándole segun el modo que se ha prefijado y quién se dice que no usa?*
3. *Por cuánto tiempo de no usarlo se pierde el usufructo?*
4. *El usufructo cedido á un extraño se consolida desde luego con la propiedad, contra lo que piensan Wesembecio, Pinelo y otros.*
5. *Cuándo por la mudanza de la cosa, objeto del usufructo, se considera mudada ó nó la especie anterior?*
6. *Por qué sucede que el usufructo en ciertos casos, por la mudanza de la cosa se extingue, aun con respecto de las partes que de la misma quedan despues de dicha mudanza, y en lo demás del derecho cualquier mudanza que en la cosa sucediere, si quedare aun algo de la misma, subsiste en ella el mismo derecho que habia respecto del todo?*

Hemos ya explicado qué cosa sea el usufructo, de qué modos se constituye, y en qué cosas: réstanos ahora que veamos de qué maneras se acaba. Tratemos primeramente del verdadero usufructo, el que en general se acaba por tres causas. O bien ex-

(a) L. 24. y sig. tit. 31. P. 3.

tinguido el derecho del constituyente; por ejemplo, si en el usufructo legado bajo de condicion el heredero lo hubiere constituido interinamente en favor de otro, y aquella existiese, *l. si sub conditione* 16. *quib. mod. us. am.*; lo que tiene igualmente lugar en cualquier otro derecho constituido por el dueño, *l. lex vectigali* 31. *de ping.*; ó bien por pacto; por ejemplo, si habiéndose constituido el usufructo bajo de condicion, ó hasta cierto dia se cumpliera aquella ó llegase este, *l.* 4. *de usufruct. leg. un.* §. *ult. quand. dies. us. leg. ced. l.* 5. *l.* 12. *Cod. de usufr.*; ó finalmente por su propia naturaleza; y este, ó por la persona del usufructuario, ó por la union del usufructo con la propiedad, ó por la misma cosa segun aparecerá en lo sucesivo. VINN. Si quiere hablarse con mas exactitud deberá decirse que una cosa es acabarse el usufructo, y otra perderse: acábase cuando no puede reclamarse de nuevo; y se pierde cuando esto puede hacerse, Paulo, *Sent. lib.* 3. *tit.* 6. §. 28. *sequ.* Así pues, se acaba por el tiempo y por la muerte, y se pierde por la capitis diminucion, por la mutacion de la cosa, por el no uso, y por la cesion en derecho; pero en las pandectas no se hace esta diferencia. HEIN.

Morte fructuarii.) Por la persona del usufructuario se acaba el usufructo de tres modos: primero por la muerte del mismo, lo propio que todos los demas derechos personales, los cuales se extinguen con la persona, *l.* 3. *in fin. h. tit. l.* 3. *Cod. de usufruct. l.* 8. §. 3. *lib. leg. l. quia tale* 13. *de solut. matr.* (a). El usufructo que se tiene en el siervo se acaba por la muerte del dueño; el que tiene el hijo si muere despues del padre, con su propia muerte; pero si muere antes se aguarda la de su padre, como que hubiese aquí dos usufructos constituidos, *l. ult. Cod. de usufruct.* El usufructo dejado á una ciudad ó municipio dura por espacio de cien años; puesto que este es el periodo que se considera de la vida humana mas larga, *l. an usus fructus* 56. *de usufr. l.* 8. *de usufr. leg.* (b). Con todo, si entre tanto fuere arruinada la ciudad, ó hubiere sufrido la introduccion del arado, deja de tener el usufructo, considerándose como muerta, *l. si usus fructus* 21. *hoc tit.* (c). En tanto se acaba con la muerte el usufructo, como que á pesar de que el perdido de otro modo puede reclamarse de nuevo, aquel que se ha perdido por la muerte no puede reclamarse jamás, á no ser que se haya legado tambien á los herederos, *l.* 5. *in pr. eod.*; en cuyo caso, no tanto se entiende que se reclama el antiguo, como que se constituye uno de nuevo en la persona del heredero; y si se hubiere legado de este modo no pertenecerá á los segundos sucesores, sino que muertos los primeros, se acabará; pues que en una cosa que por su naturaleza no es transmisible, con la palabra *herederos*, solo se entienden los de primer grado, no los de los ulteriores, como advierten los intérpretes en la *l. hæredis* 65. *de verb. sign.* Con todo malamente Canciuncula, Mynsingero, Schneid y Gœdeo en *d. l.* 65. *n.* 7. piensan que se trata este caso en la *l. cum antiquitas* 16. *C. de usufr.*; puesto que en ella no hay cuestion ninguna del heredero del legatario, sino del del testador, y no se propone el usufructo dejado al legatario, sino la propiedad; como proponen el caso la Glosa y Gotofredo, aunque la razon es igual en entrambos casos, y tan manifiesta que difícilmente me persuadirá Justiniano que ninguno de los antiguos hubiese tenido duda alguna sobre este punto. VINN. Ciertamente la tuvieron, y no es probable que Justiniano hubiese querido decidir doctrinas claras ni pelear con fantasmas; pues habia algunos que pensaban que era útil el legado de un fundo cuyo usufructo queria el testador que tuviese el heredero; y asi parece que opinan Cayo, *l.* 6. *ff. de usufr.* y Juliano *l.* 4. *ff. de usufr. pet.*; y siendo estos sabinianos, es probable que los Proculeyanos sus contrarios pensaron de diversa manera. Justiniano decidió esta cuestion, diciendo que semejante legado es útil, y que se acaba el usufructo con la muerte del heredero: véase á Meril, *decis. Justin.* 16. *p.* 308. HEIN.

1. *Capitis diminutione maxima et media.*) Este es otro modo de acabarse el usufructo por la persona del usufructuario, y es muy semejante al anterior; pues que por la capitis diminucion máxima y media tiene lugar una especie de muerte; á saber, la civil, al quitar aquella la libertad, y esta el derecho de ciudadano, *l. verum* 63. §. *ult. pro soc. l.* 1. §. *pen. de bon. poss. cont. tab. l. antepen. de reg. jur.* §. 1. *et* 3. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* De ahí se sigue que el usufructo perdido de esta manera, no puede reclamarse, lo propio que sucede cuando se ha perdido con la muerte natural. Antiguamente se perdia tambien el usufructo por la capitis diminucion mínima; á saber, por la adopcion, arrogacion, ó emancipacion segun Paulo 3. *sent.* 6. §. *capitis*, y Justiniano *l.*

(a) Reg. 27. tit. ult. P. 7.
(b) L. 26. tit. 31. P. 3.
(c) D. l. 26.

pen. §. *ult. C. de usufr.*; y solo á este caso puede referirse lo que de la repeticion del usufructo perdido por la capitis diminucion leemos en algunas partes, y principalmente en la *l.* 3. *hoc tit.*, sobre lo que se equivoca Conn. 4. *com.* 6. La razon porque los antiguos quisieron que se perdiese tambien el usufructo por aquella capitis diminucion que tiene lugar quedando á salvo el derecho de ciudad, no es tan oscura como á algunos les parece, y en la arrogacion hasta es óbvia, pues debiendo adquirir el arrogador segun el derecho antiguo por medio de la arrogacion todas las cosas del arrogado. *l. si paterfam.* 15. *de adop. l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.*, es necesario que el usufructo que no puede ya subsistir en la persona de este, ó se transfiera á la del arrogador, ó se consolide con la propiedad: lo primero no lo permite el derecho; queda pues lo segundo, y así lo indica tambien Justiniano §. 1. *infr. de acq. per adrog.* No puede decirse lo mismo de la adopcion y emancipacion; por lo que, Bacovio piensa que aquel derecho antiguo solo pertenece á la arrogacion; pero con todo, Paulo en dicho lugar habla expresamente de la adopcion, y de aquella que en especie se opone á la arrogacion; pues dice: *si hubiere mudado el estado por la arrogacion ó la adopcion*; y Justiniano en *d. l. pen.* habla tambien de la emancipacion; y de otro modo en vano se habria dudado si por la emancipacion del hijo se extinguia el usufructo que por medio de él habia adquirido su padre, *l. ult. C. eod.* Pero como segun el derecho antiguo el hijo de familias no tenia nada suyo sino el peculio castrense, no podia fuera de este peculio disputarse del usufructo que el hijo tenia por sí solo. Solo, pues, podia tener lugar esta cuestion cuando el hijo habia adquirido el usufructo por medio del peculio castrense, pues lo que de este se compra sigue la condicion del mismo, *l.* 1. *C. de castr. pec. lib.* 12.; cuyo caso propone tambien Justiniano en *d. l. pen.*; y dice que el usufructo que el hijo ha adquirido de este modo se perdia por derecho antiguo por la emancipacion; lo que sin duda ninguna tenia tambien lugar en la adopcion, pues es igual la razon en entrambos casos. La razon porque el usufructo se perdia de este modo, es porque el usufructuario, mudada la familia y perdido el primitivo estado, se consideraba una persona diferente de la que antes era, como que se habia reducido á una imaginaria condicion servil, *l.* 3. §. 1. *de cap. min. l. ult. C. de emanc. lib.* Si, empero, el usufructo extinguido por esta sutileza del derecho se restablecia á la manera de las demás obligaciones perdidas del mismo modo, conforme al edicto de restituir á los capite minuidos, es una cosa que no diré. Afirmalo Bacovio, pero no todos los derechos perdidos por la capitis diminucion se restituian; por ejemplo, las tutelas y las herencias legítimas; y las obligaciones las restituia el Pretor solo porque contra la equidad natural nadie sufriese una injusticia por causa de otro. Además, el emancipado ó dado en adopcion no puede quejarse de un hecho ageno; pues á sí mismo debe imputarse el haber permitido que se le emancipase ó diese en adopcion, cuando nadie le forzaba á ello, *l.* 5. *de adopt. l. pen. C. emanc. lib.* Paul. 2. *sent.* 25. Sea de esto lo que fuere, es cierto que Justiniano abolió el derecho antiguo, por el que se perdia el usufructo por la capitis diminucion, en lo que respecta á aquella que tiene lugar quedando á salvo el derecho de ciudad, *d. l. pen.* §. *ult.*, como tambien que quiso que el usufructo dejado simplemente al hijo, muerto el padre durase, aun despues de la emancipacion del hijo en la persona de este, *l. ult. C. eod.* Con todo, solo se perdia el usufructo por la capitis diminucion si ya estaba constituido; pues que si uno era capite minuido antes de adir la herencia, ó antes de llegar el dia del usufructo, no se perdia este, *l.* 1. §. 1. *h. tit.*; y solo se perdia en el caso en que se hubiese dejado un solo usufructo, no muchos; como si se hubiese dejado el usufructo para cada año, cada mes ó cada dia; pues como aquí la expresion del tiempo hace las veces de repeticion, *l.* 2. §. 1. *eod.*, se dispuso que cediese el dia del usufructo por cada periodo señalado, y que solo se perdiese el de aquel año, mes ó dia anterior á la capitis diminucion, *d. l.* 1. §. *ult.*; y este fué el efecto de ella por el derecho antiguo. Por lo que hasta aquí se ha dicho es evidente que Triboniano enmendó la *l. de usufr. leg.*, y añadió aquellas palabras *ex magna causa* que están al fin, á la respuesta del jurisconsulto, Cujac. *hic.* Castill. *tractat. de usufr. cap.* 66. *num.* 16.

2. *Non utendo per modum*). Finalmente, se acaba el usufructo por la persona del usufructuario por el no uso. Y á la verdad si absolutamente no ha hecho uso ninguno de él no habrá duda que el usufructo se extinguirá; pero se pregunta si puede decirse que se pierde no usando del mismo segun el modo prescrito, ó mas bien si puede prescribirse cierto modo al constituirse el usufructo, segun el cual si no hace uso el usufructuario lo pierda. Niégalo Bacovio imputando á Triboniano el haberse equivocado; pero yo no veo razon ninguna porque no pueda esto ha-

curso; pues si por ejemplo se hubiere legado á Ticio el usufructo de una casa prescribiéndole que la habite durante el verano, y él la habitase durante el invierno, ó se legase á alguno el usufructo de un bosque para que lo cortase en cierto tiempo y de cierta manera, y lo hiciere en todo tiempo y de diverso modo, segun la *l.* 2. *de acq. quot. l.* 10. §. 1. *et seq. l.* 18. *quem. serv. am.*, no se dirá que haya usado el que no lo haya verificado segun el modo prescrito. Se considera que no usa de la cosa aquel que no hace uso de ella, ni por sí mismo, ni por medio de aquellos que administran sus negocios, ó á quienes ha vendido, arrendando ó concedido gratuitamente el usufructo, *l. non utitur* 38. *de usufr.* (a). ¿Qué sucederá, empero, si estos tampoco usaren de la cosa? En este caso deberemos distinguir, si es el donatario quien no usa de ella, ó el comprador, ó conductor; pues en aquel caso se extingue el usufructo, y en estos se retiene, porque se disfruta del precio ó merced, por cuanto aquel que disfruta de este se considera que no tiene menos que aquel que usufructúa la cosa principal, *d. l. non. utitur* 38. *et.* 2. *seq.* Puede tambien el usufructo perderse no haciendo uso en parte de la cosa, *l.* 5. *d. tit. l. excepta* 14. *l. placet* 25. *hoc tit. quib. mod. us. am.*, y tambien lo perderá aquel que ha usado tan solo de la cosa, y no ha disfrutado de ella, con tal que ignorase que tenia el usufructo, no si lo supiese, *l. is qui* 20. *eod.* VINN. Ni Bacovio parece tuvo razon en decir que se equivocó Triboniano, ni nuestro autor en decir que se pierde el usufructo, no usando de él segun el modo prescrito; pues que ni esto nos lo enseñan nuestras leyes, ni parece decirlo aquí Triboniano. Y á la verdad, *uti per modum*, para los latinos no es usar segun cierto modo, ó condicion prescrita al usufructuario. En segundo lugar, el Emperador aquí se refiere a una constitucion suya; esto es, á la ley 16. *C. de usufr.* en la que nada se dice de este modo de perder el usufructo. Agrégase á esto que no hay necesidad de privar del usufructo á aquellos que abusan de su derecho, puesto que entonces tiene lugar la caucion usufructuaria, con la que queda bastante seguro el propietario. Conociólo esto el ilustre varon Ger. Nood. *de usufr. lib.* 18. *cap.* 9., en donde explica estas palabras, *non utendo per modum et tempus* de modo que el sentido sea que pierde el usufructo aquel que no usa del mismo durante el tiempo establecido por Justiniano. Mas yo pienso que la cosa es clara segun la *l.* 16. *C. de usufr.* en que Justiniano dispuso que el usufructo se extinguiese por la prescripcion de 10 ó 20 años: hé aquí el tiempo. Mas como no hay prescripcion ninguna, á no ser que haya al mismo tiempo una posesion contínua, es manifiesto que el usufructuario no pierde su derecho por el no uso, á no ser que otro poseyere la cosa contínua y tranquilamente. Luego el no uso del poseedor no le perjudica, á no ser que otro use de la cosa, no teniendo él su posesion: hé aquí el modo. Así pensamos nosotros; si bien ó mal, otros lo dirán. HEIN.

Et tempus). Lo que dijimos de que el usufructo se acaba por el no uso, solo sucede si el usufructuario no ha usado de la cosa durante el tiempo prescrito, dentro el que si no ha hecho uso de ella se pierde el mismo. Este tiempo era antiguamente muy corto, y Justiniano lo igualó con el que prefijó para las usucapiones, *l. corruptionem* 16. *pen.* §. 1. *C. hoc tit. de usufr.* Así que, el usufructo de las cosas muebles se pierde por el no uso durante tres años, y el de las cosas inmuebles por 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, *arg. l. un. C. de usuc. transform. et inf. de usuc. in pr.*; y esta division de tiempo conviene muy bien con la razon del derecho y con la misma decision de Justiniano en *d. l. pen.* §. 1. Con todo, parece que se contradice á sí mismo cuando en la *l. pen. C. d. servit.* dispone que el usufructo de las cosas muebles é inmuebles se pierda por el no uso durante el mismo tiempo, y sin embargo añade que las servidumbres prediales igualmente se pierden por el no uso; puesto que estas solo están anejas á las cosas inmuebles, y esto tan solo es comun con el usufructo de estas; y así habla como que en el modo de perderse el usufructo hubiese antes distinguido los tiempos, segun la diversidad de las cosas.

Si domino proprietatis cedatur). Cuando el propietario por voluntad ó hecho del usufructuario usufructúa, ó el usufructuario tiene la propiedad por voluntad del propietario, se dice por Justiniano que tiene lugar la consolidacion en especie. En general, empero, la consolidacion es toda union ó confusion del usufructo con la propiedad, pues que tambien por la muerte del usufructuario y por la capitis diminucion y no uso del mismo se consolida el usufructo con la propiedad, *l.* 3. *in fin. de usufr. accresc.* §. *seq. eod.* Este modo de perderse nace tambien de la misma naturaleza del usufructo, pues cuando se reunen en una misma persona la

(a) L. 21. d. tit.

propiedad y el usufructo y uno solo tiene la propiedad ya no puede considerarse separado el derecho de usufructuar, y así el usufructo formal, de que aquí se trata se extingue.

4. *Cedendo extraneo nihil agitur*). Esto es, cediéndolo en derecho; pues fuera de este si tomamos la palabra *ceder* entendiendo por ella el conceder una cosa de cualquier modo ó constituir un derecho en favor de alguno, decimos que puede tambien el usufructuario ceder su derecho á un extraño, y permitirle que usufructúe la cosa, *l. usufructus* 57. *sol. matrim.*, como tambien que aquel á quien se ha legado la habitacion puede cederla á otro; esto es, arrendarla ó venderla, *l. cum antiquitas* 13. *C. de usufr.* La razon de esta diversidad se conocerá luego. Wesemb. *par. hoc tit.* Jo. del Castill. *Tract. de usufr. cap.* 69. *num.* 20. *et seq.* y Broch. 1. *ass.* 91. toman estas palabras *nihil agitur* como que el emperador hubiese dicho que cediendo el usufructo á un extraño, no se acaba ni se consolida con la propiedad, ni pasa á un extraño, y que dicha cesion no produce para el usufructuario daño ninguno ni lucro; y de la misma opinion es tambien Ant. Mateo. Mas yo pienso, y esta es la opinion mas comun, que lo que aqui se dice que *nada se hace*, debe referirse á la intencion del cedente, y al diverso éxito de la cesion, porque el usufructo no pasa al extraño á quien se ha cedido, ó porque por la cesion hecha á un extraño no se acaba traspasándole como sucede cuando se cede al dueño de la propiedad. Con todo por accidente y contra la intencion del cedente acontece que se acaba tambien en este caso, y se consolida con la propiedad (a), aunque no puede separarse de su persona sin su muerte, *l. vel si* 15. *fam. erc.*, y así expresamente responde Pomponio en la *l. si ususfructus* 66. *de jur. dot.* Trátase en este lugar de que manera el usufructo dado en dote al marido por el dueño de la propiedad puede despues de disuelto el matrimonio sin fraude alguno volverse á la muger, y dice el Jurisconsulto que el usufructuario no puede cederlo sino al dueño de la propiedad, y que si lo cediere á un extraño nada se transferirá á él, sino que el usufructo recaerá en el dueño de la propiedad. Como, pues, en el caso propuesto la cesion seria perjudicial á la muger, pues se consolidaria el usufructo con la propiedad, el Jurisconsulto aconseja que se arriende ó venda simuladamente á la muger, y de este modo esta conseguirá la facultad de percibir los frutos, quedando el mismo derecho en la persona del marido. Los autores que poco antes cité parece que no examinaron bastante detenidamente esta respuesta al negar que de ella se deduzca, segun decimos nosotros, que el usufructo desde el momento que se ha cedido á un extraño se une á la propiedad, sino que tan solo segun ellos volverá á ella á su tiempo debido; esto es, á la muerte del usufructuario, ó cuando de otro modo se concluyere el usufructo; puesto que esto tambien sucederá, haciendo uso del remedio que sugirió el Jurisconsulto. Lo que este empero, dice que solo valiéndose de este medio quedará el derecho en la persona del marido es una prueba cierta de que, dado caso que no se emplee no quedará. Finalmente, si el usufructo no se une con la propiedad luego despues de la cesion, no causará perjuicio ninguno á la muger cediéndole el usufructo, puesto que ella conseguirá lo mismo que deseaba, y á mas de lo que nada podia exigir; á saber la percepcion de los frutos, hasta que por la muerte del marido acabe el usufructo. ¿A qué fin, pues, se dirige el consejo del Jurisconsulto? ¿O porqué niega en el caso propuesto que se transfiera nada? No es contrario á esto el que el usufructuario pueda vender, y aun conceder gratuitamente su derecho á cualquier extraño, §. 1. *infr. tit. prox. l.* 12. §. 2. *l. non utitur* 59. *de usufr.*; pues aquel que vende el usufructo ó lo concede á otro no se entiende que se desprenda de todo el derecho que tiene y que lo transfiera á otro, sino que retiene aquel que por la constitucion del usufructo está inherente á la persona, perteneciendo al otro tan solo la facultad de percibir los frutos mientras que el derecho subsiste en la persona del usufructuario. Esto tambien tiene lugar cuando se ha vendido el usufructo al dueño de la propiedad, *l. Pomponius* 29. §. 1. *hoc tit. quib. mod. us. am.*, y por esta causa se dice que se acaba el usufructo, nó cuando se vende al propietario, sino cuando se le cede; lo que no sé que otro haya advertido. La cesion es un modo antiguo y propio de enagenar que se hacia en el tribunal ante el pretor, y por la que podia el cedente transferir todo el derecho que tenia á aquel á quien lo cedia. Ya hicieron mencion de ella Cic. *in Top.* Boet. *ibid.* Ulpiano *in fragm. tit.* 11. *y* 19. Paulo 5. *sent.* 6. Asi pues, en el caso propuesto separándose por medio de la cesion de la persona del usufructuario cedente todo el derecho que antes tenia, es preciso que antes acontezca una de estas dos cosas: ó que el usufructo pase á aquel á quien se ha ce-

a) D.1.24

dido, y se constituya de esta suerte un nuevo usufructuario, ó bien que vuelva al dueño de la propiedad: aquello no lo permite la razon del derecho: queda pues lo segundo; esto es, que el usufructo vuelva á la propiedad y se acabe por medio de la consolidacion. Semejante á esto es lo que Ulpiano dice acerca de la cesion de la tutela y de la herencia, *d. tit.* 11. §. 6. *et d. tit.* 19 §. 13. No es de mucho momento lo que á esta opinion se objeta, diciendo que aquello que está inherente á la persona no puede mudarse con un hecho de esta, *l. ea quidem* 5. *Cod. si manc. ita fuerit alien.*; pues nada hay menos cierto que esto; y de otro modo deberia decirse que ni por el mismo dueño podria cederse el usufructo. Dicen tambien que no sirve de impedimento aquello que segun el derecho no produce efecto, *cap. non præstat. de reg. jur. in* 6. Empero, no es nuevo que aquello que por derecho no produce efecto ninguno que perjudique á otro, con todo lo produzca para perjudicar á aquel que lo hizo, *l.* 3. *qui et á quibb. man. pr. sup. quibus ex ca. man. l.* 3. *C. de serv. pig. dat. man.* §. *ult. infr. donat. l. hæres* 28. *qui et á quibus man. l. si quis inquilinos* 112. §. 1. *de legat.* 1. *l. actione* 65. §. 3. *pro soc.* Y basta para esto que se haya cerrado por ignorancia del derecho, aun cuando verdaderamente no haya delito, *arg. leg. reg.* 9. *in pr. et* §. *si quis* 5. *de jur. et fact. ign. l. cum quis* 10. *C. ad leg. Falc.*, y á cada paso en otras partes. Aquellas cosas que no son válidas del modo que se hacen, se castigan porque no se hacen como conviene hacerlas, *tit. de his quæ ut indig. auf. tit. de jur. fisc. et similib.* En resúmen no es cosa nueva el que aquello que por derecho no produce efecto con respecto á uno para aprovecharle, lo produzca con respecto á otro para perjudicarle, y de ello se ven ejemplos en la *l. plane* 54. *pr. de legat.* 1. *l. licet* 20. *l. legatum* 24. §. 1. *de adim. leg.*; como tampoco aquello de que cuando ha hecho uno mal una cosa se dice que nada ha hecho, *pr. Inst. quibus ex caus. man. l.* 5. *de serv. pign. dat. man. l.* 13. *de donat. l.* 57. §. *ult. de acq. rer. dom.*

Ne areæ quidem usumfructum deberi (a). Inútil seria advertir que extinguida la cosa, objeto del usufructo, se extingue tambien este, si con ello nada mas se significase sino que el usufructo se acaba por la extincion total de la cosa. Pero debe saberse que esto se refiere tambien á aquellas cosas cuya especie y forma se mudan aunque despues de esta mudanza quede mucha parte que ya existia en el cuerpo anterior, objeto del usufructo; pues que en este caso deja de existir aquello que antes era, y se extingue el usufructo, como que la cosa hubiese perecido del todo, y no existiese ya en la naturaleza de las cosas ninguna parte de la misma; lo que se aclara con muchos ejemplos en la *l.* 5. §. *pen. et ult.* hasta la *l.* 13. *item. l. pen. et. ult. hoc tit. l. qui usumfructum* 36. *de usufr.* Con todo, si á pesar de haber sufrido la cosa una grande mudanza subsiste la primitiva especie, subsistirá tambien el usufructo, *l.* 8. *et.* 2 *seq. hoc tit. si cui.* 53. *de usufr.*

5. Lo que debemos ver ahora es, cuando por la mudanza de la cosa se entiende que se ha mudado su forma ó especie primitiva. Acerca de esto debemos establecer esta regla general, que si tuviere lugar una mudanza tal que por ella la cosa tomare otro nombre, perdiendo el primero, se considera mudada tambien su forma, y extinguido el usufructo; pero si despues de la mudanza continúa teniendo el nombre antiguo, no se juzga haberse mudado la especie, y por lo tanto el usufructo subsiste. Y esto se establece así, no porque el nombre pertenezca á la esencia de la cosa, sino porque por él mismo, como *á posteriori*, conocemos qué cosa sea, pues la cosa recibe el nombre de su forma, mudada la cual se muda tambien aquel; por lo que, se dice que por los nombres conocemos y distinguimos la naturaleza de las cosas segun Platon *in Craty.* La primera especie de mudanza pertenece al ejemplo que aquí y en *d. l.* 5. §. *pen.* se pone de las casas que se han arruinado despues de haberse legado el usufructo de las mismas, pues habiendo desaparecido la superficie, como que ya no existen las casas, ni se llaman tales, se entiende mudada la forma de la cosa, y por esta razon no se debe el usufructo, ni aun del área que queda, aunque formaba antes parte de las casas, *l. domo* 21. *de pig. nact. l. qui res* 98. *sub. fin. de solut.* Por el contrario, si se hubiere construido una casa en el área cuyo usufructo se legó mudado el nombre se entenderá tambien mudada la cosa; y extinguido por lo tanto el usufructo, *d. l.* 5. §. *ult.* Del mismo modo si se hubiere legado el usufructo de una cuadriga ó un tiro de cuatro caballos, y muriere uno de estos; ó bien si se hubiere legado el usufructo de un rebaño, y el número de las ovejas se hubiese disminuido tanto que no forme ya rebaño, desaparece y se extingue con el nombre el usufructo de entrambas cosas, *l. quid tamen* 10. §. *ult. l.*

(a) L. 25. tit. 31. P. 3.

tit. eod. Lo mismo sucede y en la misma razon se funda cuando habiéndose legado el usufructo de alguna cabeza de ganado, si muriese esta, en tanto se extingue el usufructo como que no subsiste ni aun con respecto á la carne ó á la piel, *l. pen. quib. mod. us. am.* Ejemplo de la segunda especie de mudanza es cuando se ha legado el usufructo de un fundo, y se ha arruinado la casa de campo que en él hay. Como que aquí subsiste el nombre del fundo del que esta última es solo una accesion, subsiste tambien el usufructo, *l. 8. l. 9. et d. l. 10. in pr. eod.* Tambien si una parte de las casas, aunque muy grande, en que se ha constituido el usufructo, se arruinare, la parte que quedare en pié, como que conserva el nombre, hace que subsista tambien el usufructo con respecto á todo el terreno, *l. si cui 33. hoc tit. de usufr.*

6. Pregúntase, empero, la razon de esta diversidad, y porqué en algunos casos el usufructo se extingue con la mutacion hasta con respecto á aquellas partes de la misma cosa que subsisten despues de dicha mudanza, cuando en las demas partes del derecho está recibido general é indistintamente que mudada la cosa, de cualquier modo que esto se haya verificado, si quedare algo de la misma se observe respecto de ella el mismo derecho que respecto del todo estaba constituido. Así por ejemplo, el edificio que se habia legado ha sido reducido á cenizas; no obstante podrá vindicarse el area, *l. si grege 22. de legat.* 1. Dada en prenda una casa, arruinada esta, queda tambien obligada el area, *l. domo 21. de pign. act. l. Paulus 29. §. 2. de pignor.* Háse legado un rebaño; y despues el número de las ovejas se disminuye de manera que no forma rebaño; á pesar de ello las reses que quedan pueden ser vindicadas, *d. l. 22. de legat.* 1. Muertas las cabezas de ganado que se habian legado, débense tambien los restos por el legado. ¿Por qué causa, pues, sucede todo lo contrario cuando se ha legado el usufructo de la cosa? Es muy probable lo que responde Bacovio, aunque si me es posible lo diré con mas claridad, que se dispone una cosa en el legado de usufructo, y otra en el de la propiedad, creyéndose que se pierde el usufructo por la razon de que teniendo lugar aquella mudanza de que hicimos mencion, la cosa no puede prestar ya el uso que podia al tiempo de hacerse el testamento, y que es el único que se considera legado por el testador; no aquel que despues de su mudanza puede prestar la cosa, y que por lo tanto concluido el uso para que entonces servia la cosa, se considera que el testador quiso que perteneciese la propiedad por entero á aquel á quien la habia dejado separada del usufructo. Es sabido, empero, que es muy diferente el uso que puede prestar la casa, del que puede prestar el area; diferente el del rebaño ó el de una universalidad del de las cabezas de ganado por sí solas; diferente en fin el de la res del de su piel, *l. quid ergo 70. §. 5. de usufruc.* Cuando, empero, se lega la misma cosa o su propiedad, nada hay en la cosa legada que pueda decirse que no venga comprendida en el legado: la propiedad es uniforme y una misma, ya con respecto al todo, ya con respecto á las partes; y por esta razon extinguido ó mudado el todo subsiste la propiedad con respecto á las partes que quedan. Lo propio sucede con la cosa dada en prenda; con todo, si se legare el usufructo de una universalidad de bienes, por mas que acontezca alguna mudanza en el todo siempre se deberá el usufructo de la parte que queda despues de dicha mudanza, y deberá prestarse tal cual pueda prestarlo por la razon de que bajo el nombre de bienes se ha legado tambien por separado el usufructo de aquella parte, *l. quotiens 54. §. ult. de usufr.*

« En España se acaba tambien el usufructo « que se hubiere dejado á una ciudad si esta « fuese destruida ó padeciese la introduccion « del arado. Con todo, si todos ó parte de « sus habitantes trasladándose á otro punto « edificasen una nueva poblacion adquiririan « el usufructo que tenian en la ciudad des- « truida, *l. 26. tit. 31. P. 3.* »

TEXTO.

Si finitus sit.

4. Cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

TRADUCCION.

Si se ha acabado el usufructo.

Cuando, empero, se hubiese acabado todo el usufructo vuelve á la propiedad, y desde aquel tiempo el dueño de la propiedad nuda empieza á tener en la cosa un derecho pleno.

NOTAS.

4. *Finitus fuerit totus*). Dice expresamente *todo el usufructo*, pues que los usufructuarios tienen entre si el derecho de acrecer, *l. 1. et tot. tit. de usufr. accresc.*: Véase mas latamente en el comentario.

COMENTARIO.

1. *Particularidades del derecho de acrecer entre muchos unidos en un mismo usufructo.*

Totus ususfructus). Cuando el usufructo se ha acabado del todo se reune otra vez á la propiedad de la que se habia separado, y desde aquel tiempo el que antes era formal, pasa á ser causal segun acostumbra á hablar el vulgo de los intérpretes. Dice expresamente *si se hubiere acabado del todo;* pues si tan solo lo fuere en parte, únicamente volverá á unirse con la propiedad en esta parte en el caso en que no hubiere muchos unidos en el mismo usufructo, ó habiéndolos lo hubiesen perdido todos ellos, *l.* 1. *pr. et* §. 3. *l.* 3. *de usufr. accresc.* Los unidos entre sí tienen el derecho de acrecer, sobre el cual hablaremos de propósito en el §. *si eadem* 8. *inf. de legat.*; diciendo solo aquí de paso lo que es propio de este derecho en el usufructo. Dos particularidades hay principalmente: la primera es con respecto á la parte del que falta, y que acrece; en la que hay de singular que despues de aceptada y perdida tiene en ella cabida el derecho de acrecer; esto es, acrece el unido, *d. l.* 1. §. 3. La otra es con respecto á la persona de aquel á quien acrece, pues que tiene el derecho de acrecer aquel que, ó no admite su parte, ó habiéndola admitido la perdió, *l.* 10. *eod. tit.* Ninguna de estas dos cosas tiene lugar en el legado de propiedad hecho á muchos, ó en la herencia deferida á muchos herederos; pues que en entrambos casos se observa, primero que nunca la porcion de aquel que la aceptó acrezca al otro colegatario ó coheredero; y segundo que la porcion del coheredero ó colegatario que falta solo acrece al otro en el caso en que haya admitido su porcion y la conserve, *d.* §. *si ead.* 8. *l. qui ex duabus* 53. §. 1. *de acquir. hær. l. un.* §. *his ita* 10. *et seq. C. de cad. toll.* Ulpiano *d. l.* 1. §. 3. dá la razon de esta diversidad sacándola de Celso y Juliano, y diciendo que el usufructo se constituye y lega para cada dia, nó como la propiedad para solo aquel tiempo en que puede vindicarse; esto es, en que aun no se ha adquirido. Esta sola razon produce los dos efectos que se observan en el usufructo; á saber, que habiéndose perdido acrezca al otro unido, como que se considera que se le lega de nuevo; y que acrezca tambien al que no admitió su porcion, ó la perdió, pues que se considera tambien legársele de nuevo aquella parte que no perdió. De aqui, aquello de los antiguos que decian *que el usufructo acrecia no á la porcion, sinó al hombre, l.* 14. §. 1. *de exc rei. jud.*; y tambien que *la porcion del fundo acrece á la otra porcion como por medio de aluvion, y los frutos á la persona.* Papin. *l. si Titio* 33. *in fin. hoc tit. de usuf.* Véase á Don. 10. *com.* 25. Joan Suev. 1. *d. de jur. accresc.* 4.

TÍTULO QUINTO.

Del uso y de la habitacion.

CONC. CON EL DIG. LIB. 7. TIT. 8. Y CON EL COD. LIB. 3. TIT. 33. (a).

Continuacion: qué cosa sea uso, qué se entiende por usar, y qué cargas corresponden al usuario.

De las tres servidumbres personales, la primera y principal, esto es, el usufructo se ha explicado en el título anterior: siguen ahora las otras dos; á saber, el uso y la habitacion, y de entrambas se trata en este título; manifestándose, primero de qué modos se constituye y pierde el uso, luego demuéstrase lo que contiene con ejemplos de un fundo, casas, siervos y ganados, y al último se trata de la habitacion, despues de la cual se hace una transicion á los modos de adquirir por derecho civil (b). El uso puede definirse bien diciendo ser, el derecho de usar de las cosas agenas, quedando salva su substancia. El uso es un derecho, del mismo modo que el usufructo y las servidumbres prediales son tambien derechos y se llaman tales con respecto á aquel á quien se deben. ...

(a) L. 20. T. 31. P. 3.

(b) L. 20. y sig. t. 31. P. 3. vers. *La segunda.*

un derecho de usar, pero no de disfrutar; pues aunque el uso viene comprendido en el usufructo, no asi este en aquel, *l.* 14. §. 1. *hoc tit.* Usar es emplear y destinar la cosa para percibir de ella aquellas utilidades que pueden percibirse segun su naturaleza; y en esto conviene el uso con el usufructo, pues en entrambos se trata de percibir las utilidades de la cosa; pero hay la diferencia entre ellos de que el uso no se extiende á mas que á la necesidad y consumo diarios del usuario, y el usufructo comprende todos los emolumentos de la cosa. Por esto, pues, el uso es solo el derecho de usar, no empero el de disfrutar; de lo que trataremos mas difusamente despues. Las demás circunstancias de la definicion convienen tambien al usufructo, pues que el uso de una cosa propia no se considera por separado, y el usuario debe tambien cuidar de la cosa de modo que no la consuma, ó mude en otra forma, ni deteriore la causa de la propiedad, afianzando de que usará de la misma á juicio de buen varon (a), sin tratar de usucapirla, y que cuando se habrá acabado el uso restituirá lo que de ella quede, *l.* 5. §. 1. *l. pen. us. quem. cav. l. pen.* §. 2. *hoc tit.*; lo que ciertamente es extraño que lo niegue Gifanio. Con respecto á las otras cargas hay la diferencia que si el usuario percibe todos los frutos debe soportar tambien todas las cargas; esto es, los tributos y gastos hechos en la reparacion y cultivo de la cosa: si los percibe todos el propietario pertenecerán á este; mas si los perciben entre entrambos deberán dividirse á prorata entre los dos, *l. si domus* 18. *eod.* (b).

TEXTO.

Communia de usufructu et usu.

Iisdem illis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet, iisdem illis modis finitur quibus et ususfructus desinit.

TRADUCCION.

Cosas comunes entre el usufructo y el uso.

Por los mismos modos con que se constituye el usufructo se constituye tambien el nudo uso, y por los mismos con que aquel se acaba, se acaba tambien este.

COMENTARIO.

1 *¿Qué diferencia hay entre el uso y el usufructo, ya en su constitucion, ya en el modo de perderse?*

Dice en este párrafo que por los mismos modos acostumbra á constituirse y á perderse el nudo uso por los que se constituye y acaba el usufructo, y lo mismo se dice en la *l.* 3. *ult. de usuf.* y acerca la constitucion en la *l.* 1. §. 1. *h. t.* Constitúyese, pues, el nudo uso por medio de los pactos y de las estipulaciones; pero principalmente por testamento como tambien el usufructo, §. 1. *tit. præc. l.* 3. *l.* 6. *de usuf. tot. t. De usu et usuf. leg.* Y de este último modo se constituye *ipso jure*; pero por medio de los pactos, solo interviniendo un hecho ú tradicion del constituyente; por ejemplo, si se introdujere al usuario en el fundo ó en las casas, permitiéndole usar de ellas, *d. l.* 3. *de usuf.* Tambien podemos adquirir el uso á la manera de todas las demás servidumbres por medio de la posesion, *l. ult. C. de præsc. long. temp.* Piérdese por muerte del usuario, por la capitis diminucion máxima y media, por el no uso, por la consolidacion y por la extincion y mutacion de la cosa, objeto del uso, por cuyos modos se pierde tambien el usufructo, §. *pen. t. præc.*

1. Con todo, hay alguna diferencia entre el uso y el usufructo, ya en los modos de constituirse, ya en los de perderse: en aquellos, en que el usufructo puede constituirse tambien en parte, y no asi el uso, *l.* 5. *de usufr. l. usus.* 19. *hoc tit.*; pues podemos disfrutar de parte de la cosa, mas no usar del mismo modo, pues que el uso siempre es *in solidum*, *d. l.* 19. *l.* 5. §. *ult. com.* La razon de esto se funda en que el uso solo sirve para la necesidad, y está limitado al hecho ó consumo del usuario, sin que deje nada que pueda dividirse; en lo que se asemeja a las servidumbres prediales, que son tambien individuas, porque consisten en el solo uso, y se limitan con el hecho, *l. viæ.* 17. *de serv. l.* 1. §. *si ususfructus* 9. *ad leg. Falc.* El usufructo, empero, es divisible; pues aunque en un principio consista en un hecho, con todo no se limita a este solo, sino que deja despues de si y en favor del usufructuario todos los frutos y utilidades de la cosa, los que pueden dividirse, *d. l.* 1. §. 9. *sed usufr.* 81. *ad. l. Falc.* Cujac. Don. y los Doctores vulgarmente en la *l. stipulationes* 72. *de verb. ob.* Agréguese á esto lo que leemos de que puede tambien el usufructo constituirse en los juicios de partir la herencia, y de dividir lo comun, si el Juez adjudicare á uno el fundo y á otro el usufructo, *l.* 6. §. 1. *de usufr. l.* 16. §. 1. *fam. erc. l.* 6. §. 10. *com.*

(a) D. l. 20 af. [illegible]
(b) L. 22 d. tit. [illegible]

div., sin que se encuentren semejantes cosas acerca del uso ni de las servidumbres prediales. En el modo de perderse hay la diferencia de que, perdido el uso siempre se une á la propiedad y nunca al unido, como sucede algunas veces con el usufructo; pues que no pueden unirse muchos en un mismo uso, por la razon de que no admitiendo este division tampoco admite comunion. Por esta causa, si se hubiere legado á dos el uso de una misma cosa, no se entiende que haya union entre ellos, ni comunion de uso, ni que por la concurrencia hagan partes en la cosa; y así faltando uno de ellos nada acrece al otro, sino que la parte que se ha perdido desde luego vuelve á la propiedad. Ni tiene tampoco lugar la accion de dividir lo comun entre dos usuarios de una misma cosa, *l.* 1. *com. div.* como lo tiene entre muchos usufructuarios, *l.* 7. §. 10. *eod. tit.*, á no ser la accion útil, *arg. l.* 52. *de stip. serv.*; y entonces se observará que á uno se le adjudicará todo el uso, condenándole á prestar á su vez al otro la estimacion, *l.* 10. §. 1. *com. div.*; ó bien se dividirá la necesidad del uso entre ellos por tiempos segun la *l. arbor* 19. §. *ult. d. tit.*

TEXTO.

Quid interest inter usumfructum et usum fundi.

1. Minus autem juris est in usu quàm in usufructu: nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur quàm ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur: inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: quam is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere

TRADUCCION.

Qué diferencia hay entre el usufructo y el uso del fundo.

El uso es menos pingüe que el usufructo, pues aquel que tiene el uso nudo del fundo no se considera tener mas derecho que el de utilizarse de las verduras, frutas, flores, heno, paja y leña para su uso diario, siéndole lícito permanecer en el fundo, con tal que no sea molesto al dueño de este, ni estorbe á aquellos que están ocupados en los trabajos campestres; sin que pueda arrendar, vender ó conceder gratuitamente á ningun otro el derecho que tiene; al paso que el que tiene el usufructo puede hacer todas estas cosas.

NOTAS.

1. *Minus juris*). Esto es, menos emolumento; pues el uso diario se limita á las necesidades y consumo del usuario, *l.* 12. §. 1. *h. t.*, y el usufructo contiene todas las utilidades de la cosa, *l.* 7. *l.* 9. *D. de usufr.*, percibiendo todos sus frutos; pues esto significa la palabra latina *defrui*, Festo.

Hactenus morari). *L.* 11. *eod.* Mas esto debe explicarse por la *l.* 10. §. *ult. l.* 12. *pr. eod.*

Hæc omnia facere). *L.* 12. §. 2. *l.* 58. *l.* 67. *D. de usufr. l.* 8. §. *ult. de per. et com. res. ven.* Reteniendo el derecho, empero, que está inherente á su persona, *l.* 66. *D. jur. dot.*

COMENTARIO.

1. *El usuario puede tambien tomar de los frutos industriales todos los que necesite para su sustento, y de qué modo debe hacerlo?*
2. *De qué modo se hace uso de este derecho?*
3. *De qué parte del fundo tiene en cierto modo la posesion el usuario?*
4. *El usuario no puede vender ó arrendar la cosa, objeto del uso, á no ser que por conjeturas aparezca que se le ha concedido tambien este derecho.*
5. *El usufructuario puede arrendar, vender ó conceder gratuitamente á otro el derecho que tiene en la cosa fructuaria, reteniendo aquel que está inherente á su persona.*

En este párrafo y en el siguiente manifiesta el emperador que es lo que se comprende en el uso de cada cosa, y en que se diferencia del usufructo, y á ejemplo de los antiguos aclara esto con el del fundo, de los siervos y de los ganados; pudiendo de este modo entenderse suficientemente el uso de las demás cosas. Al principio nos dá la regla general que pertenece igualmente el uso de todas ellas. Dice que el uso es menos pingüe que el usufructo; esto es, que hay menos emolumentos en él, pues que el uso de una cosa no produce mas ventajas ó utilidades que las necesarias al usuario, y las que le bastan para su uso y consumo diarios, *arg. hujus* §. *et l. plenum* 12. §. 1 *eod.* (a). El usufructo, empero, pasa mas allá, y comprende sin excepcion ninguna todas las utilidades, todas las obvenciones que puedan, por cualquier razon que sea, percibirse de la cosa: véase el título precedente al principio. Finalmente el uso viene comprendido en el usufructo; por lo que, si habiéndose legado este se quitare aquel será inútil este acto, y si á ti se te legare el uso y á mi el usufructo de la misma cosa, ambos concurriríamos en el uso, *l. per servum.* 14 §. 1. y 2. *h. t.* En resúmen, usamos segun nuestras

(a) D. L. 20. y sig. vers. *La segunda.*

necesidades, ó disfrutamos tambien para nuestra utilidad: en una palabra el usufructuario percibe todos los frutos, esto es, *defruitur*: pues segun Festo los antiguos empleaban el verbo *defrui* como *deamare*, *deperire*, significando con él la percepcion de todos los frutos. Con todo, respecto del dinero y demás cosas que se consumen por el uso no hay diferencia ninguna entre que se legue este ó el usufructo; puesto que en semejantes cosas el uso es lo mismo que el usufructo, *l*. 5. §. *ult*. *l*. 10. *de usufr. ear. rer. quæ us. con*. VINN. Del mismo modo, empero, que el uso es menos pingüe que el usufructo, así tambien tiene menos cargas; pues en este todas ellas debe soportarlas el usufructuario, como que percibe todo el emolumento; mas en el uso, como que las ventajas se reparten entre el propietario y el usuario, es justo tambien que las cargas sean comunes á entrambos, *l*. 18. *ff. h. t*. HEIN.

1. *Oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis et lignis*). Acerca de esto no hubo ninguna duda entre los antiguos: solo se dudó acerca las hojas, el aceite, el trigo y las frutas: pero prevaleció contra el parecer de Nerva, que tambien el usuario pudiese tomar de estas cosas lo que fuese necesario para su sustento y el de su família; y generalmente de todas aquellas que nacen en el fundo, *d. l*. 12. §. 1. *h. t*. Con todo, parécenos preferible leer en dicha ley en vez de *foliis*, *oleis*, como lo hacen Cujacio *in not. ad hunc loc. et* 9. *obs*. 37. y Don. 10. *com*. 25., para que las aceitunas y el aceite se unan con las demás cosas que son mas gravosas al propietario; pues parece ridículo é injusto privar del uso de las hojas de los árboles á aquel á quien se concede el de las frutas, del heno, de la verdura, y de la leña; y lo que Revardo *conj*. 4. dice insiguiendo á Caton y á Columela, acerca el uso de las hojas, de que con ellas acostumbran alimentarse los ganados puede esto decirse mas bien del heno. La paja sirve tambien para el uso y comida de los jumentos, y las frutas y verdura para los colonos. Por ninguna razon plausible puede referirse lo que el jurisconsulto dice en general de las hojas, á solo las hojas de la India, ó con *Zas. par. hoc tit. n*. 12. (de donde Cancincula lo copió en su paráfrasis) á las hojas de la morera, de las que se alimentan los gusanos de seda, ó bien á las de la palmera, de cuyas hojas dice Plinio, *lib*. 13. *c*. 4. *et lib*. 16. *c*. 24. que en ciertos paises se hace lana y en Oriente cuerdas; y no sé porque no añadieron tambien las escobas que se acostumbran á hacer de la palma, como manifiesta Marcial, *lib*. 14. en estos versos:

In pretio scopas testatur palma fuisse:
Sed pretium scopis nunc analecta dabunt.

Y tal vez este uso no fué menos propio de la Europa que del Asia y de otros paises. Empero, pienso que el vino, trigo y demás granos no vienen comprendidos en el uso, sino en el caso en que el usuario quiera satisfacer á prorata los gastos del cultivo y de la siembra; lo que aunque no se encuentre expresamente escrito lo sujiere la equidad; y dejado el uso del fundo, si absorviere todos los frutos, es muy justo que el usuario sufra él solo las cargas del cultivo segun la *l. si domus* 18. *hoc tit*. Manifiestamente se equivoca, pues, Wesembecio *par. hoc tit. n*. 2., cuando niega redondamente que el usuario pueda usar del trigo y demás frutos industriales, contra el texto expreso de dicha ley 12. §. 1. *eod*.; pues, ¿por qué razon satisfaciendo las impensas no se le ha de permitir utilizarse de la fecundidad de la tierra? VINN. Fornelio defiende acérrimamente el modo como se lee la *l*. 22. §. 1. *ff. h. tit*. en las pandectas Florentinas, manifestando que de las hojas se hacia ungüento; pero dudo que Nerva hablase de estas hojas. La conjetura de Cujacio es injeniosa, pero los códigos manuscritos no la autorizan. En un código de Caronda en vez de *Foliis* se lee *doliis*, y así tambien lo publicó Connano, cuya correccion no consideraria mala si pudieran cómodamente unirse las tinajas á la paja, aceite, trigo, y frutas. Puede, pues, conservarse el modo como se lee vulgarmente, puesto que no raramente se hace uso en el campo de las hojas, las que muchas veces se echan á los ganados, y los antiguos daban tambien á los bueyes, Phædr. *lib*. 2. *fab*. 8. HEIN.

2. *Ad usum quotidianum*). Este es el modo propio de usar de este derecho, con tal que el usuario no tome mas de estas cosas que las que sean necesarias para su sustento y el de los suyos, *d. l*. 12. §. 1. (a). Lo que sea necesario á cada uno deberá calcularse segun la dignidad y estado del usuario; pues no debe el uso restrinjirse de modo que no sea suficiente para el decoro y dignidad de la vida, y alguna vez se vá mas allá, y se obra tan liberalmente con el usuario que se le permite usar de dichas cosas, no solo con su familia sino tambien con sus convidados y huéspedes, de modo, con todo, que del aceite, trigo y demas frutos haga uso con los convidados y huéspedes en la casa de campo, pero de las demás cosas que no son muy gravosas si abundan en el fundo, pueda tam-

(a) D. L. 20.

bien llevarse á la poblacion para este objeto, *d. l.* 12. §. 1. Ni es necesario tomar diariamente lo que se exije para cada dia, sino que de las vituallas; esto es, segun yo interpreto, por lo que hace á los comestibles, puede tomarse la cantidad nacesaria para un año, aun cuando de esta suerte se consuman todos los frutos, lo que puede fácilmente acontecer, cuando se ha dejado el uso de un prédio no muy grande, pues que el usuario siempre es preferido, *l. si alii* 42. *de usufr.* En el uso de una casa y del siervo hay de particular que no queda nada con el nombre de fruto, *l. fundi* 15. *hoc tit.* Tuld. *com. hic. c.* 2.; y lo mismo sucede con la nave, vestidos, carros y otras cosas cuyos frutos se consumen con el uso. Con todo, si el usuario muriere dentro del año, lo que de la provision quedare no pertenecerá á su heredero, pues que ha dejado de poder usar, y el usuario no hace suyos los frutos que percibe ó recoje, ni los adquiere por medio de la percepcion, como sucede con el usufructuario, sino que tan solo tiene el derecho de usar de ellos conforme á sus necesidades. Lo que sí es cierto es, que no puede objetarse á aquel que tiene el uso de una cosa el que tenga medios pora poder comprar para si lo que necesita sin necesidad de tomarlo de la cosa, objeto del uso.

3. *Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit*). La posesion de aquellas partes del fundo que no están destinadas para producir frutos, en cierto modo la tiene el usuario, pues que él solo puede usar de las bodegas, y despensas de aceite, no pudiendo el dueño usar de ellas contra su voluntad, *l.* 10. *in fin. hoc tit.* Tiene tambien el derecho de entrar y pasar por los lugares destinados á dicho objeto *d. l.* 12. §. 1. *eod.*; pero no puede usar del pretorio; esto es, de la quinta, ó casa construida, no por causa del fundo, sino del dueño; á no ser que expresamente se le haya dejado el uso de la misma, en cuyo caso usará él solo, *d. l.* 12. *in pr.*; pero la casa rústica la ocupará por derecho propio, y podrá prohibir al dueño que venga á ella, obligándosele tan solo á que permita que habiten en ella el colono y los labradores que estén allí con objeto de cultivar los campos, sin que por ello se entienda que puede impedir al propietario que venga á la misma para percibir los frutos, y habite allí durante el tiempo de su recoleccion, *d. l.* 10. §. *ult. et d. l.* 12. *in pr.* Asi es como se ha de explicar lo que Justiniano dice aqui, copiándolo de C[illegible], *l.* 11. *eod.*, de que el usuario puede permanecer en el fundo, con tal que no sea molesto al dueño de este, ni sirva de obstáculo á aquellos que hacen los trabajos campestres.

4. *Nec ulli alii jus, quod habet, locare aut vendere*). Lo que se dice aquí pertenece tambien al uso de otras cosas, *l.* 8. *et d. l.* 12. §. 4. *et ult. eod.*; y se funda en la razon de que en el uso se atiende á la persona de aquel á quien se ha dejado y á las necesidades de su familia, de modo que use segun su estado y dignidad, lo que no podria tener lugar, si lo vendiese á otro, pues que las necesidades del comprador pueden ser muy diversas de las del usuario. Con todo, esto debe entenderse con la limitacion de que no aparezca por conjeturas que el testador quiso conceder tambien el derecho de arrendar ó vender el uso, cuyas conjeturas podrán sacarse, ó del estado del legatario, ó de la naturaleza de la cosa dejada, pues si se ha legado el uso de un caballo ó un cochero que el testador sabia tenia esta ocupacion y género de vida, no hay duda que podrá tambien adquilarlo; pues que el testador parece haber hablado tambien de este uso, y haberle acomodado á la ocupacion del legatario, *d. l.* 12. §. 4. Si se ha legado el uso de un bosque, Adriano dispuso que se entendiera tambien legado el usufructo; pues á no ser que se le permita al usuario cortar y vender el bosque, como se permite al usufructuario, nada percibirá el legatario de aquel legado, *l. pen. eod.*; lo que muchos limitaron al caso en que el bosque estuviese muy distante de la poblacion, de modo que si se obligase al legatario á cortarlo por sí mismo y á trasladar á su casa lo necesario para su uso se veria obligado á gastar mas que si lo comprase de otros en las cercanias. No debiendo tampoco entenderse como que el legatario puede cortar y vender como solia hacerlo el dueño, ó como le es permitido al usufructuario, sino tan solo por lo que necesite. En general, no debe privarse al usuario, segun piensan Con. 4. *com.* 5. y Wesem. *par. h. tit. nu.* 3. el vender ó donar á otro si quiere los frutos que percibe y recoje para destinarlos á su uso propio.

5. *Possit hæc omnia facere*). Esto es, que puede el usufructuario arrendar, vender, conceder gratuitamente á otro la cosa para que la usufructúe, *l.* 12. §. 2. *de usuf.*, aun contra la voluntad del heredero, *l.* 67. *eod.* Los griegos dicen καὶ ἄκοντος τοῦ δεσπότου ἢ καὶ τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ; es decir, contra la voluntad del dueño y de su heredero. Los intérpretes limitan esto á la sola ventaja de disfrutar: con todo, los antiguos parece que entienden algo mas, cuando dicen que el

usufructuario puede conceder, arrendar y vender á otro el derecho que tiene, *l.* 44. *h. tit.*, y el derecho de usufructuar, *l. non utitur* 58. *eod.* Sin embargo, es cierto que no puede el usufructuario de modo ninguno constituir en favor de otro el usufructo; esto es, substituir en su lugar un nuevo usufructuario, á no ser que así lo consienta el dueño de la propiedad, *l. usufr.* 57. *solut. matrim.* Parece que deberemos decir con Bacovio que en cierto modo, el usufructuario tiene dos derechos, uno de los cuales es meramente personal, y está tan inherente á la persona de aquel en favor de quien se ha constituido primariamente el usufructo, como que de él no puede separarse; por lo que, siempre que se trata de acabarse ó perderse el usufructo se tiene en consideracion su sola persona, *d. l.* 8. §. *ult. de pur. et com. rei. vend.*; y el otro real, que consiste en el uso y disfrute de la cosa fructuaria; del que el usufructuario puede desprenderse, y transferir á otro (a); aunque dimane de aquel otro derecho personal, y esté de tal suerte radicado en él que necesariamente se extinga con el mismo. Ilustra esta distincion con el ejemplo del heredero y del acreedor, en los que advertimos igualmente un doble derecho; á saber, uno personal, y que segun hablan los Doctores está inherente á los huesos del heredero en virtud de la adicion de la herencia, y á los del acreedor que lo ha adquirido en virtud de la obligacion; y el otro real sobre la cosa adquirida ó debida. Aquel se echa de ver en que cuando uno ha admitido una herencia queda siendo siempre heredero, y por lo tanto, aun despues de vendida aquella, ejerce y sigue el mismo las acciones hereditarias, *l.* 2. *C. de hær. vel de act. vend.*; y en el acreedor quien vendida su accion retiene aun el derecho de obrar, *l.* 3. *C. de novat.* Este en que el heredero transfiere al comprador de la herencia todo el derecho que tenia en la cosa, *l.* 2. *in pr.* y á cada paso *de hær. vel act. vend.*; diciéndose por esta razon que aquel hace las veces de heredero, *d. l.* 2. §. *antep.*, y que puede por sí mismo entablar las acciones útiles, del mismo modo que aquel á quien se ha vendido ó legado un crédito, *l. si cum* 16. *de pact. l.* 5. 7. 8. *C. de hær. vel act. vend. l. ex legato* 18. *C. de legat.* Puede, pues, el usufructuario, volviendo á nuestro asunto, transferir tambien á otro el derecho que tiene; pero no aquel que por la constitucion del usufructo está inherente á su persona, sino que, retenido este, solo transfiere aquel que fuera de su persona tiene en la cosa usufructuaria. No pudiendo tener lugar de ningun modo el que se desprenda enteramente, y lo transfiera á un extraño el derecho que tiene, en caso de duda no se considera que haya querido hacer esto, sino cuando no obsta la causa ó título; y así bajo la palabra usufructo ó derecho de usufructuar no se transfiere mas que aquello que se puede; por ejemplo, si arrienda, vende, ó dona el usufructo ó el derecho de usufructuar, *d. l. non utitur* 48. *de usufr. l.* 44. *h. tit. d. l.* 8. §. *ult. de per. et com. rei vend.* Esto, empero, no puede decirse de la cesion en derecho, puesto que por ella el cedente se desprendia de todo derecho, conforme á lo que se ha dicho en el §. *pen. del. tit. ant.*

(a) L. 24. tit. 31. P. 3. vers. *Ca como.*

TEXTO.

Ædium usus.

2. Item is, qui ædium usum habet, hactenus habere intelligitur ut ipse tantum inhabitet; ut ipse nec hoc jus ad alium transferre potest: et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat, et cum uxore liberisque suis, item libertis, nec non personis aliis liberis, quibus non minus, quàm servis utitur, habitandi jus habeat: Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.

TRADUCCION.

Del uso de las casas.

Aquel que tiene el uso de las casas solo puede habitarlas por sí mismo, sin que pueda transferir á otro este derecho; y á duras penas parece que se introdujo el [illegible] fuese lícito recibir á un huesped, y el que tuviese derecho de habitar con su muger y sus hijos libertos, y algunas otras personas de las que se sirve; no menos que de sus siervos. Consiguiente á esto (a), si una muger tuviese el uso de una casa podrá habitarla en union con su marido.

TEXTO.

2. *Item is*). Este lugar está compuesto de varias respuestas de los jurisconsultos, *l.* 2, *l.* 3. y algunas de las *sig. h. t.*

Ut hospitem recipere). En virtud de la antigua hospitalidad que observaban entre sí los particulares, Bud. *ad. Pand. in d. l.* 6. §. 5. *de off. procons.* Salmas. *ad jus Atic. c.* 26. VINN. Acerca del derecho de hospitalidad hay una excelente disertacion de Schilteri que vá unida á una introduccion del mismo autor de la filosofía moral á la ciencia del derecho. Por huéspedes no se entienden aquí tan solo los que se reciben gratuitamente,

(a) L. 21. tit 31. P. 3.

como parece entenderlo aquí Vinnio, sino tambien los mercenarios, así lo reconoce el mismo Vinnio poco despues en su comentario, en el que refuta la interpretacion que Bacovio hace de estas palabras. HEIN.

Nec non personis aliis). Y hasta se le ha permitido el que pueda recibir en la casa un inquilino, con tal que tambien él la habite, y que reciba por ello una pension, *d. l.* 2. §. *ult. l.* 4. *eod.*

COMENTARIO.

1. *El usuario puede arrendar á otro una parte de las casas que él no ocupe, con tal que habite la otra.*

En este párrafo se manifiesta qué es lo que comprende el uso de las casas; lo que se manifiesta latamente en la *l.* 2. §. 1. con las seis *sig.* y la *l. pen.* §. 1. *hoc tit.* Nadie duda que aquel á quien se ha legado el uso de una casa puede habitarla, como tampoco el que no puede arrendar, vender ó conceder gratuitamente á otro la habitacion de ella, *h. text. et. l.* 8. *eod.* Con respecto, empero, á aquel que la habita por sí mismo se pregunta ¿si la casa es tan espaciosa y tan poca la familia del usario que no pueda ocuparla toda á la vez, será lícito en este caso al propietario usar de la parte que queda desocupada? Y á esto se responde que no le será lícito, pues teniendo el usuario el derecho de usar de ella, aun cuando actualmente no lo ejerza, puede con todo cuando quiera ejercerlo, y ocupar en otro tiempo aquella parte que ahora está desocupada, *d. l. pen.* §. 1. Pregúntase tambien si aquel que habita la casa por sí mismo puede admitir á otro en una parte de la habitacion; y sobre esto hablaremos en la explicacion del texto.

Nec hoc jus ad alium transferre). Aquel que tiene el uso de una casa no puede arrendar ni conceder á otro la habitacion, ni venderse tampoco el uso, *l.* 8. *h. tit.*; y esto no es una particularidad propia del uso de las casas, sino que pertenece tambien al de las otras cosas, como se ha dicho mas arriba, §. *prec.* Lo que hay de particular aquí es, que este uso puede arrendarse, venderse y concederse á otro; mas aquel no puede. Sin embargo, respecto del que usa de la casa por sí mismo, no hay diferencia ninguna entre que tenga el uso de ella, ó el usufructo, como evidentemente se manifiesta por los lugares arriba citados, y por este mismo párrafo y la *l.* 15. *eod.*

1. Lo que, empero, dijimos que aquel que tiene el uso de la casa no puede arrendar ó conceder á otro la habitacion debe entenderse en el caso de que no lo haga separadamente, *d. l.* 8.; pues si la habitase por sí mismo no se le prohibirá arrendar á otro aquella parte de la casa que él mismo no ocupare por ser demasiado espaciosa, ni tampoco el percibir pension por ella, *l.* 4. *h. t.* Próculo critica lo que Labeon decia de que aquel que habita por sí mismo puede recibir un inquilino, *l.* 2. *in fin. eod.*, por cuanto no define bien á este cuando dice ser tal aquel que habita con otro, *d. l.* 2.; pues que el inquilino propiamente es aquel que habita solo en una casa que ha arrendado, *l. res pignori* 37. *de acq. rer. poss. l.* 1. §. 1. 2. *de migrandi.*

Et vix receptum esse videtur). Lo que dice que á duras penas se introdujo, que aquel que tiene el uso de una casa pueda recibir huéspedes debe entenderse, como que haya querido decir que con dificultad fué esto admitido en un principio, á causa de las dudas de los antiguos; pero que por fin prevaleció, *d. l.* 2. §. 1. Dice, *de modo que pueda recibir huéspedes.* Aquel que habita por sí mismo se introdujo que pudiese recibir huéspedes, *d. l.* 2. §. 1.; ya les dé hospedaje gratuito, ya les haga pagar por él, *d. l.* 2. §. 1 *y d. l.* 4. *in pr.* No debe darse crédito á Bacovio, quien por la palabra huesped cree que solo debe entenderse aquel con quien por costumbre de los antiguos se tenia por una singular amistad el derecho de hospitalidad, sobre lo cual véase á Bud. en la *l.* 6. §. 3. *de off procons.* Salmas. *ad jus Attic. c.* 26. Con todo, aunque pueda recibir a cualquier extraño que viva con él, no podrá poner un meson público en el que tengan entrada todos los extranjeros y transeuntes, *arg. l.* 13. §. *ult. de usufr.* (a).

Cum uxore liberisque suis, item libertis). Dejado el uso de una casa al marido facilmente se introdujo el que este habitase en ella con su muger, hijos, siervos y criados; esto es, con toda su familia, *d. l.* 2. *in pr.* Pero cuestionóse si podia habitarla con sus libertos; y Labeon y Celso opinaron que sí, *d. l.* 2. §. 1. Paulo creyó que tambien con los clientes, *l.* 3. *eod.* Llamabánse así aquellos hombres libres que se arrimaban al apoyo de algun poderoso, para que les defendiese en su estado y fortuna *l.* 7. §. 1. *de c. et postlimin.*; habiendo posteriormente tomado el nombre de *suscepti*: véase á Hotomano *in lexic* Ni es esto de admirar, puesto que segun ya se ha dicho puede admitirse á cualquier extraño

(a) Arg. l. 27. d. tit. 31.

que vive honestamente con aquel que tiene el uso de la casa. VINN. Acerca de los clientes trataron detenidamente Hotomano y Jureto en Simmach. *lib.* 5. *ep.* 39. Valesio en Ammiano *lib.* 30. *c.* 40. y Jac. Gotofredo *en Glossar. ad. C. Theod.* Si un extranjero tomaba á un ciudadano Romano por patrono este le sucedia *ab intestado*, á lo que se llamaba JUS ADPLICATIONIS, Cic. *de Orat.* 1. 49. HEIN.

Cum marito ei habitare). Y esto así para que no se prive á la muger del matrimonio, si quiere usar de la casa, *d. l.* 4. §. 1.; y aun cuando se haya legado á la muger el uso de una casa bajo la condicion de que se divorcie del marido, puede con todo habitar en union de este, prescindiendo de la condicion del legado *d. l.* 8. §. 1.; y tambien si se hubiese legado á una doncella ó á una viuda podrá despues de casada habitarla con su marido, *d. l.* 4. §. 1.; y no solo con este, sino tambien con sus hijos, parientes y libertos, y hasta con su suegro; habiéndose admitido el que los mismos que pueden ser recibidos por los hombres, lo puedan tambien ser por las mugeres, *d. l.* 4. *in fin. et l.* 6. *eod.*, por lo que, podrán admitir á un huesped pero que sea tal que habite honestamente con ellas, *l.* 7. *eod.*

« Por derecho de Partidas no se encuentra « establecido que sea permitido al usuario de « una casa alquilar una parte que no ocupa: « véase la *l.* 21. *tit.* 31. *P.* 3. »

TEXTO.

De servi vel jumenti usu.

3. Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum opera atque ministerio ejus uti potest: ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento.

TRADUCCION.

Del uso del siervo y de un jumento.

Aquel á quien pertenece el uso de un siervo puede servirse de sus trabajos y servicios, pero no le está concedido el transferir de modo ninguno su derecho á otro. Lo mismo se observa en cuanto al jumento (a).

NOTAS.

3. *Ipse tantum opera*). Y esto, no solo para sí, si que tambien para el servicio de sus hijos y muger, *l.* 12. §. *pen. eod.*

In jumento). Esto es, un caballo, un buey, un asno, *V. d. l.* 12. §. 3 y 4.

COMENTARIO.

El uso de los siervos consiste en su trabajo y en los frutos; esto es, en aquellas cosas que se adquieren por medio de los mismos. El usuario puede emplear los trabajos del siervo en cualquier cosa, y no solo en servicios propios, sí que tambien en el de sus hijos y muger, *l. plenum* 12. §. *pen. et ult. h. t.*; con tal que sean segun la condicion del siervo, pues que esto tambien se exije del mismo usufructuario, *l.* 15. §. 1. *de usufr.* Con todo, es preciso que el usuario use por sí mismo, sin que pueda arrendar ó conceder á otro los trabajos del siervo, aunque no hay diferencia ninguna entre si los emplea en una cosa enteramente suya, ó en una obra agena que tomó en arriendo, *d. l.* 12. §. *ult. y l. seq. eod.* Acerca de las cosas que se adquieren por medio del siervo usuario se dispuso que si se adquiere alguna cosa por medio de sus trabajos no sea para el usuario, por cuanto este no puede arrendar las obras del siervo; pero si lo adquiere por medio de alguna cosa del usuario, por ejemplo, si fuese institor, y aquel empleare sus trabajos en una tienda para comprar y vender mercaderías, ó si por su mandato recibiere alguna cosa por medio de la tradicion, lo aquirirá para el usuario, puesto que en este caso este emplea sus trabajos en cosas suyas, *l. per servum* 14. *in pr. l. si ita* 16. §. 2. *l. servus* 20. *eod.*

Idem scilicet juris est et in jumento). El uso de los jumentos, lo propio que el de los siervos consiste tambien en sus trabajos; por ejemplo, en los de los caballos, mulos, asnos y bueyes, teniendo el usuario en ellos el uso para hacerles arar, hacerles llevar carga y otras cosas propias de estos animales, con tal que use segun la naturaleza de los mismos, y la costumbre del pais, *l.* 12. §. 3. *y* 4. *h. t.*; ni puede arrendarlos á no ser que aparezca que el testador habló tambien de esta especie de uso. ¿Qué es sino lo que se diria si se hubiese legado a un cochero el uso de una yeguada, sabiendo el testador que el legatario tenia dicha ocupacion? *d. l.* 12. §. 4. En el caso tambien en que se hubiere legado el uso de un buey a un hombre tan pobre que no pueda comprar otro, ni arar su fundo con uno solo, no creo deba impedírsele el que se convenga con el vecino que tiene tambien otro buey para que mútuamente se lo presten durante algunos dias para trabajar, á fin de que el legado no

(a) L. 2[illegible]. tit. 31. P. 3.

le sea inútil, arg. l. pen. in pr. eod. Así lo piensa Canciunnula, de quien lo copia literalmente Mynsingero, como tambien casi todo lo demás

TEXTO.

De pecorum usu.

4. Sed et si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius; quia ea in fructu sunt. Planè ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

TRADUCCION.

Del uso de los ganados.

Si se ha legado el uso de los ganados ú ovejas no podrá el usuario servirse de la leche, ni de los carneros, ni de la lana, puesto que esto viene comprendido en el usufructo: solo podrá servirse de los ganados para estercolar sus campos.

COMENTARIO.

Pecorum vel ovium). Esto es un error de Triboniano á no ser que se lea *veluti ovium*, οἷον προβάτων, como lo traduce el intérprete griego y lo exije el lugar de Paulo, *d. l.* 12. §. 2. *h. t.*, de donde este párrafo se ha sacado; pues nadie duda que bajo la palabra ganado vienen tambien comprendidas las ovejas, y es gracioso lo que Pacio nota al márjen aqui, copiándolo de Mynsingero, que aunque las ovejas sean un especie de ganado, con todo no por ello el legado de ovejas es una especie del legado de ganado. Vin. Sin embargo, apenas puede imputarse un error aqui á Triboniano, pues en general la palabra *pecus* denota toda especie de animal, y asi parece haberlo querido entender aqui Vinnio; pero especialmente se llaman *pecudes* ó *pecora* las cabras y ovejas, derivado del griego, πῶυ: ilústrase esto por Bynkers. *de reb. manc. c.* 6. *p.* 449. Y en este sentido se toma aquí uniéndose estas dos palabras como á sinónimas. Hein.

Neque lacte, neque agnis, neque lana). Asi pues, en el uso de un rebaño de ovejas, vacas ó cabras hay muy poca cosa, pues que el usuario no pueda tomar nada de lo que constituye el fruto de dichos animales, sino que tan solo puede servirse de ellos para estercolar sus campos con el objeto de fecundarlos, y ademas para tomar una corta cantidad de leche; pues no debe la voluntad ser interpretada tan estrictamente, *d. l.* 12. §. 2. Y debiendo entregarse la posesion de las demás cosas al usuario para que se sirva de ellas parece debe observarse lo contrario en los rebaños, pues solo sirven para dar fruto.

«En España, aquel que tiene el uso de «un rebaño puede servirse de este, no solo «para estercolar sus campos, sino que tambien puede tomar de la leche, queso, lana «y cabritos lo necesario para sí y su familia, *l.* 21. *tit.* 31. *P.* 3.»

TEXTO.

De habitatione.

5. Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus sed quasi proprium aliquod jus, quamquam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundùm Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus, non solùm in ea degere, sed etiam aliis locare.

TRADUCCION.

De la habitacion.

Si á alguno se ha legado ó constituido de algun modo la habitacion, no parece esto uso ni usufructo, sino un derecho diferente; aunque por utilidad hemos permitido conforme á la opinion de Marcelo, despues de promulgada nuestra decision, que los que tienen la habitacion puedan, no solo vivir en ella, sino tambien alquilarla (a).

NOTAS.

5. *Nostra decisione*). Segun la constitucion de Justiniano la habitacion se parece al usufructo de las casas, pues que tambien puede alquilarse, y por consecuencia venderse y concederse á otro gratuitamente, con tal que subsista el derecho mismo en aquel en cuyo favor se ha constituido. Asi pues, no hay entre ellos diferencia ninguna. Esta constitucion se encuentra en la *l.* 13. *C. de usufr.*

COMENTARIO.

1. *Falsamente niegan algunos que la habitacion sea una especie de servidumbre personal.*
2. *La habitacion puede venderse y concederse gratuitamente lo propio que arrendarse.*

Queda la última especie de las servidumbres personales; á saber, la habitacion; la que es el derecho de habitar en las casas agenas, en union con las personas que de cualquier modo no están unidas. En cuanto al efecto casi es lo mismo la habitacion que el uso de las casas, pudiendo aquel que la tiene recibir las mismas personas que el usuario, *l.* 10. *h. t.* La habitacion se constituye

(a) L. 27. d. tit. 31. P. 3. vers. E aun.

de los mismos modos que el uso y el usufructo, y por los mismos se acaba, excepto que no se acaba por el no uso, *d. l. 10.*; lo que se dispuso así, porque la habitacion consiste mas en el hecho que en el derecho, *l. pen. de cap. min.* De ahí es que el dia de la habitacion legada no cede de una vez, sino cada dia; lo propio que el usufructo dejado para cada dia; *l. 1. pr. quand. dies us. leg. ced. et arg. d. l. pen de cap. min.*; de modo que aquí hay muchos legados y una habitacion casi nueva para cada dia; por cuya causa antiguamente no se perdia este derecho ni aun por la capitis diminucion mínima, *d. l. pen.* y *d. l. 10.* Pero por la constitucion de Justiniano no se extingue ya por ella ni el uso ni el usufructo, *l. pen. C. de usufr.*; de modo que en esta parte no hay diferencia ninguna; lo que no sé que nadie haya advertido.

1. *Quasi proprium aliquod jus.*] Esto es, una especie de servidumbre personal, que propiamente no es uso ni usufructo, aunque antiguamente se diferenciaba muy poco de aquel, *d. l. 10.* Actualmente, segun la constitucion de Justiniano, *l. 13. C. de usufr.*, se asemeja mucho al usufructo. Hay con todo, algunos que niegan que la habitacion sea una especie de servidumbre personal, y hasta que sea servidumbre puesto que Marciano, *l. 1. de serv.*, solo hace mencion de dos servidumbres personales. Pero ó este solo refirió estas dos por via de ejemplo, ó bien en el uso comprende tambien la habitacion, á causa de que por derecho antiguo producia los mismos efectos que aquel, segun Ulpiano, *l. 10.* Lo que, empero, dicen que para la servidumbre así real como personal se dá la accion confesoria real, *§. 2. infr. de act.*, y que aquel que tiene la habitacion solo tiene la accion personal, ya nacida de testamento, ya de estipulacion, ya de comodato, ó bien la de *præscriptis verbis*, á causa de que la habitacion no es un derecho real, ó segun ellos hablan, a causa de que no consiste en el dominio, sino en la obligacion, creo tambien que se dice sin ningun fundamento. En efecto, este mismo párrafo prueba que hay un derecho real y lo prueba tambien el tratarse de este derecho aquí, en las Pandectas y en el Código, en union con el uso y el usufructo. Y no hay argumento mas cierto de que la habitacion es una servidumbre personal que la definicion de la servidumbre, ya en general, ya de las servidumbres personales; pues que es un derecho constituido en cosa agena á favor de otro, y en virtud del cual el dueño está obligado á permitir algo en su cosa y un derecho constituido en favor de alguna persona. Ni obsta lo que se dice de que la habitacion consiste mas bien en un hecho que en un derecho, *l. pen. de cap. min.*, pues que lo mismo ordinariamente se dice del usufructo, *l. un. quand. dies us. leg.*, y se habla así por atenuacion; no porque sean meros hechos, pues que la habitacion es semejante al usufructo legado para cada dia ó para cada mes, *d. l. pen.* Así pues, si aquel á quien se ha legado el usufructo de este modo puede vindicarlo por la accion confesoria, ¿porqué no podrá tener esta misma accion aquel á quien se ha dejado la habitacion? Ni es verdad lo que dice Hotomano que el señor ó el padre adquiere el uso y el usufructo legado á un siervo ó hijo de familias, y que no adquiere la habitacion, segun se deduce de la misma ley quecita, *l. 9. quand. dies leg. ced. l. 2 y 5. eod.* Ciertamente reconozco gustoso la torpeza de mi ingenio, pues no sé ver como puede probarse por la *l. 1. in fin. pr. commod. l. si gratuitam 17. in pr. de præs. verb.*, lo que se dice que se dá la accion de comodato ó *prescriptis verbis* á aquel á cuyo favor se ha constituido la habitacion, pues solo veo que en dicha ley se trata de conceder la accion de comodato ó *præscriptis verbis* al dueño de una casa que dió en comodato su habitacion, ó la concedió gratuitamente á alguno. ¿Qué es, empero, lo que esto hace para el caso?

Quamquam habitationem habentibus, etc., etiam aliis locare). Esto es, aunque en cuanto á esto la habitacion, segun nuestra constitucion se asemeje al usufructo, pues que permitimos pudiese alquilarse á otro, *l. cum antiquitas 13. C. de usufr.*, podrá tambien venderse y concederse gratuitamente, subsistiendo el derecho en aquel en cuyo favor se ha constituido desde un principio, conforme á lo que dijimos en el §. 1. de este título; pues no hay diferencia ninguna, y es demasiado pueril lo que algunos dicen que la habitacion no puede venderse ni donarse, porque es un derecho personal, pues si esto se admitiese, por una razon análoga deberemos decir que no puede venderse ni donarse el usufructo; y si ninguna otra razon obstase nada prohibiria que pudiera tambien el uso arrendarse ó venderse pero en él se atiende á la condicion de la persona del usuario y á las necesidades del mismo y de su familia, pues que no todos tienen una familia igualmente numerosa, ni es igual el estado de todos, necesitando unos mas que otros, como muy bien dice Connan. *4. com. 5.* Piensa Hotomano que por derecho antiguo podia la habitacion darse en comodato, aunque

esto no podia hacerse con el uso, segun *d. l. 1. commod. et d. l. 17. de præsc. verb.*; pero se engañó, pues que en dicha ley no se trata de la habitacion constituida en favor de alguno, y por este dada á otro en comodato, sino de aquella que el dueño de las casas dió en comodato ó concedió gratuitamente á alguno: de este modo entiende tambien dicha ley Bacovio.

TEXTO.

Transitio.

6. Hæc de servitutibus, et usufructu, et usu, et habitatione dixisse sufficiat. De hæreditatibus autem et obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo et civili jure acquiruntur.

TRADUCCION.

Transicion.

Basta lo que hemos dicho de las servidumbres, usufructo, uso y habitacion; pues de las herencias y obligaciones hablaremos en sus respectivos lugares. Hemos explicado brevemente de qué modos se adquieren las cosas por derecho de gentes: veamos ahora por cuales se adquieren por derecho legítimo y civil.

NOTAS.

6. *Legitimo, et civili jure*). Los amantes de la antigüedad pueden ver á Budeo en las *Pan.*, *en la l. 2. §. et cum placuisset 24. de orig. jur.*

COMENTARIO.

Hay en este párrafo una doble transicion y entrambas perfectas. En el epílogo de la primera se hace referencia al título de las cosas corporales é incorporales, que es el segundo de este libro, en el que contándose entre las cosas incorporales, no solo las servidumbres de los prédios, el uso, y el usufructo, sino tambien la herencia y las obligaciones; y habiéndose hasta aquí tratado de aquellas puede parecer que debia hablarse en seguida de estas; pero en la proposicion ó miembro siguiente deja para otro lugar el tratado de estas cosas; el de la herencia, porque aun se ha de tratar de los modos singulares de adquirir, y aquella es un modo universal; de las obligaciones, porque la obligacion no es un derecho real, de la adquisicion del cual se trata ahora, sino tan solo *ad rem*, que dá al acreedor una accion personal, y no una vindicacion de la cosa. En el epílogo de la segunda se refiere al §. *singulorum 11. sup. tit. 1. de rer div.*, en cuyo lugar dijo que despues de explicados los modos de adquirir por derecho de gentes, hablaria de aquellos por los que se adquiere el dominio segun derecho civil, lo que es τὸ ἑφεξῆς, es decir, por órden ó por grados. Los modos de adquirir, ó son singulares, ó universales: singulares son aquellos por los que adquirimos las cosas de por sí, separadamente; y los universales aquellos por los que por una sola adquisicion, y como en globo se adquieren todos los bienes de alguno; de cuya especie se empieza á tratar mas abajo en el §. *ult. tit.* 9. de este libro. El emperador solo explica dos modos singulares de adquirir por derecho civil; á saber, la usucapion en el *tit. sig.*, y la donacion en el *tit.* 7. La razon porque no quiso tratar en seguida de los legados y fideicomisos que pertenecen tambien á los mismos se dirá mas abajo, *d. §. ult.* Pertenecen tambien á los modos singulares de adquirir otros varios; por ejemplo, cuando se concede el dominio de una cosa al poseedor, cuya cosa el dueño la arrebató ó invadió á la fuerza, §. 1. *inf. vi bon. rap. l. 7. Cod. unde vi*; cuando muriendo sin heredero uno de los dos á quienes el Príncipe habia hecho alguna dádiva acrece la parte del que falta á su consorte; *l. un. C. si liberal. imp. soc. sin. hæred. decess. lib.* 10. Tambien cuando el pupilo y la Iglesia adquieren sin tradicion ninguna las cosas compradas con dinero suyo, *l. ult. C. de sacros. eccles.* La mancipacion que Ciceron *in Topic.* llama tradicion *nexu*, y la cesion en derecho, de las que tratan Ulpiano *tit.* 19. y Boet. en la *l. loc. Ciceronis* habian caido en desuso ya en tiempo de Justiniano: los amantes de la antigüedad pueden ver á Concio, 1. *disput.* 12.

TÍTULO SEXTO.

De las usucapiones y prescripciones de largo tiempo.

CONC. CON EL LIB. 41. TIT. 3. DEL DIG. Y CON EL C. LIB. 7. TIT. 31. Y 33. (a).

1. *Cujacio y otros autores no proceden con bastante distincion al poner aquí* possessionibus *en vez de* præscriptionibus.
2. *En qué se diferenciaban la usucapion y la prescripcion de largo tiempo.*
3. *Se equivocan aquellos que piensan que la usucapion solo tenia lugar en las cosas muebles.*
4. *Qué cosas, y por qué órden se tratan en este título?*

El primero y principal modo de adquirir por derecho civil es la usucapion; pues aunque tambien la conocieron los griegos, y Platon, *l.* 12. *de legib. p.* 197. la introdujo en su república, con todo, se funda solo en una razon civil y no en alguna de natural, de la que se separa mas que las otras adquisiciones civiles. Pues para conocer si una cosa se ha de considerar de derecho civil ó de derecho natural no debe atenderse al uso de los pueblos, sino á lo que nos dicta la razon natural, §. 1. *sup. de jur. nat. gent. et civil.* La usucapion, segun la define Modestino, *l.* 3. *h. t.* es la adquisicion del dominio por medio de la posesion no interrumpida durante el tiempo prescrito por la ley. Lo que quieren decir las palabras de la definicion se dirá despues en la explicacion del §. *diutina* 7. *inf. eod.*

1. *Longi temporis præscriptionibus*). Los que mudan esta parte del epigrafe, y en vez de *præscriptionibus* creen que debe ponerse *possessionibus*, entre los que se cuentan Cujacio, Hotomano, Wesembecio y Tim. Fabro no han comprendido la intencion de Justiniano, ni lo que se trata en este título, segun mi parecer. La intencion de Justiniano se deduce de lo que al principio dice de mudar su constitucion acerca de la usucapion, en cuya constitucion haciéndose dos especies de adquisicion; á saber, la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, mudó de tal suerte la usucapion que conservó entrambas cosas formando un compuesto de ellas, lo que quiso dárnoslo á entender con las palabras del epigrafe. Así tambien, en otras partes une estas dos cosas; esto es, la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, §. *pen. inf. per quas pers. cuiq. acq.* Cayo tambien las compara y las pone juntas, *l. qui alienam* 54. *in pr. de eviction.* Solo hay la diferencia de que Cayo dá á entender dos diversos modos de adquirir como existian entonces, y Justiniano uno solo, formado de aquellos dos; pues no quitó el emperador la prescripcion de largo tiempo, sino que la amplió añadiéndole la usucapion con respecto á los prédios provinciales. Ni se trata en este título de la posesion sino incidentalmente, como tampoco de la buena fé y justo título, sino tan solo del efecto de estas cosas, y de la adquisicion misma que antiguamente era de dos modos; la usucapion y la prescripcion, habiéndolas, segun dijimos, conservado entrambas Justiniano, de tal suerte que de las dos hizo una sola.

2. Habia antes tres diferencias entre la usucapion y prescripcion de largo tiempo; á saber, en las cosas, en el tiempo y en el efecto de la adquisicion. La usucapion solo tenia lugar en las cosas inmuebles itálicas, y en todas las muebles: la prescripcion solo en los prédios provinciales. Aquella se completaba en las cosas muebles al cabo de un año, y en las inmuebles al cabo de dos: esta necesitaba diez años entre presentes y veinte entre ausentes. En fin, la usucapion hacia dueño al poseedor; mas la prescripcion no concedia á este el dominio, sino un derecho semejante y próximo al mismo, sobre lo cual hablaremos despues mas latamente. Justiniano quitó todas estas diferencias, conservando tan solo la que habia entre las cosas muebles é inmuebles, *l. unic. C. de usuc. transform.*

3. Es demasiado claro para que deba refutarse el error de aquellos que distinguen estos modos de adquirir, diciendo que la usucapion solo tenia lugar en las cosas muebles, y la prescripcion de largo tiempo en las inmuebles; pues el solo principio de este título lo refuta ya bastantemente.

4. Enséñase primero qué cosas, por cuán-

(a) Tit. 29. P. 3. y tit. 8. lib. 11. Nov. Rec

lo tiempo, y por quienes se usucapen: luego se trata de aquellas que no pueden ser usucapidas; en seguida, de la continuacion de la posesion, de la no interrupcion del tiempo; y finalmente de la tradicion del fisco y de la prescripcion del cuadrienio fiscal.

TEXTO.

Præcipua. Usucapionis requisita. 1. Bona fides. 2. Possessio per tempus definitum continuata. 3. Justus titulus.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem; si mobilis erat, anno ubique uno; si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet: ne rerum dominia in incerto essent. Et eum hoc placito erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium; inmoviles verò per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur. Et his modis non solùm in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

TRADUCCION.

Principales requisitos de la usucapion. 1. Buena fé. 2. Posesion no interrumpida durante el tiempo prescrito. 3. Justo titulo.

Por derecho civil estaba dispuesto que aquel que con buena fé compró, ó por donacion ú otra causa recibió una cosa de uno que no era su dueño, pero á quien él lo creia tal, usucapiese dicha cosa si era mueble en un año en cualquier parte que fuese; si era inmueble en dos, estando en Italia, para que el dominio de las cosas no fuese incierto. Y habiéndose esto dispuesto, pensando los antiguos que bastaba á los dueños el tiempo mencionado para buscar sus cosas, nos pareció mejor otra opinion, para que los dueños no sean privados de sus cosas demasiado prontamente, y para que este beneficio no se limite á determinados lugares. Por esta razon, promulgamos acerca de esto una constitucion en la que se dispuso que se usucapan las cosas muebles por tres años, y las inmuebles por la posesion de largo tiempo; esto por diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Y de este modo se adquieren los dominios de las cosas precediendo una justa causa de posesion, no solo en Italia, sino en todos los paises sujetos á nuestro imperio.

NOTAS.

Bona fide). En cuanto á la buena fé se mira el tiempo de la tradicion, pero en el contrato de compra tambien se atiende á aquel en que se contrae, *l.* 2. *pr. D. pro empt.*

Crederet dominum esse). O pensare que tenia el derecho de vender; por ejemplo, creyendo que es procurador ó tutor, *l.* 106. *de verb. sign.*

Biennio). La ley de las doce tablas mandaba que los fundos se usucapiesen por dos años y las demás cosas por un año, **Cic.** *pro Cæc. c.* 19. *et* 26. *et in Top. c.* 4.

Justa causa). Esto es, un justo titulo, pues el titulo es la causa de la posesion, *l.* 7. *C. de acquir. possess. l.* 24. *C. de rei vind.*

Dominia acquirantur). Muy bien pues se define la usucapion por Modestino en la *l.* 3. *D. hoc tit.* diciendo ser, la adquisicion del dominio por la posesion no interrumpida durante el tiempo prescrito por la ley.

COMENTARIO.

1. *Qué es lo que entendió la ley de las doce tablas por la palabra auctoritas?*
2. *Qué cosas se exigen en la persona del que usucape, y de la buena fé?*
3. *Del justo titulo.*
4. *Porqué los prédios provinciales no podian usucapirse?*
5. *Razon y defensa del derecho constituido acerca de la usucapion.*

Jure civili). Muchos interpretan estas palabras, como si hubiese dicho, *por la ley de las doce tablas*; y no hay duda que de ellas se deriva el derecho de las usucapiones; mas lo que en seguida se dice de la distincion de los lugares no puede provenir de ellas, puesto que en el tiempo que los Decemviros promulgaron su código, el pueblo romano no tenia dominio alguno fuera de Italia; y aun en esta estaba el imperio encerrado dentro de muy estrechos límites. Es, pues, muy probable que dilatadas despues las fronteras del imperio, por la discusion de los Jurisconsultos se distinguieron los prédios itálicos de los provinciales, en cuanto al derecho de autoridad. En Ciceron *in Top. c.* 4. se lee: *por cuanto el uso y autoridad del fundo es por dos años, así tambien el de las casas; pero en la ley no se hace mencion de estas.* Y en la oracion *pro Cæcinna c.* 19. dice: *la ley manda que el uso y autoridad del fundo sea por dos años.* De donde puede deducirse que por la ley se dispuso así: *Usus, auctoritas fundi biennium esto. Cœterarum rerum annus esto.* La palabra *auctoritas* puede tomarse en muchas y varias acepciones; pero no haremos mencion de los vulgares. Venulejo, *l. ult. de evict.* la interpreta por la accion d

vindicar la cosa, en cuyo sentido se toma tambien en Paulo, 2. *sent.* 17. Séneca *lib.* 4. *natur. qu.* dice: *Si no me das crédito, Posidonio te prometerá la autoridad*; esto es, βεβαίωσιν, te afianzará. Scévola en la *l. ult. de pign. act.* llama instrumento de autoridad á lo que antes habia dicho instrumento de compra; á saber, aquel en que se ha prometido estar de eviccion, ó en general todo instrumento que sirve de prueba de nuestro derecho que contiene los títulos de la adquisicion segun hablan vulgarmente nuestros escritores, cuyas tablas ó documentos se llaman instrumentos para la prueba del oríjen de los prédios en la *l.* 14. *C. de fideic.* Así tambien Séneca en el *lib.* 7. *contr.* 6. lo que antes habia llamado escritura de compra lo llama despues escritura de autoridad. En la ley Atinia, y en aquella de las doce tablas: *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, por dicha palabra se entiende el derecho de dominio ó de vindicar, Grot. *in spars. flor.*, siendo su sentido el que un extrangero jamás puede arrebatarnos por medio de la usucapion el dominio de nuestras cosas. Ciceron *pro Cæcin.* c. 26. dice: *Aquæductus, haustus, iter, actus á patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium á jure civili sumitur. Rata auctoritas*, quiere decir aqui un derecho firme y estable de estas cosas. En el mismo sentido empleó Scévola esta palabra en la *l. ult. de aq. et aq. pluv.* En el caso propuesto pienso que tambien los decemviros entendieron con la palabra autoridad el derecho de dominio legítimo, de modo que el sentido sea que el uso que dé la autoridad, esto es, un justo dominio del fundo sea el tenido por el espacio de dos años, y en las demás cosas por el de uno, lo que es lo mismo que si se hubiese dicho: *el fundo poseido por dos años sea usucapido; y las demás cosas poseidas por un año sean usucapidas.* Ciceron *de Arusp. resp.* c. 7. dice: *Multæ sunt domus jure optimo, sed tamen jure privato, jure hæreditario, jure autoritatis, jure mancipii, jure nexi.* Es claro que aqui por el derecho de autoridad se significa la misma usucapcion, ó sea el derecho de dominio legítimo, adquirido por la misma, no la compra que se ha hecho sin intervenir la emancipaion, segun pretende el doctísimo Salmasio, pues no puede decirse que posea una cosa con pleno derecho aquel que no es dueño de ella por derecho quiritario; por lo que Ciceron solo hace mencion de los derechos legítimos. El mismo varon doctísimo piensa que la ley de las doce tablas entendió por la palabra autoridad la accion de vindicar, la que no quisieron los decemviros que tuviese lugar despues de dos años en las cosas inmuebles, y despues de uno en las muebles. Pero muchos que están en disposicion de usucapir una cosa, vindicada esta antes de completada la usucapion, no tienen el derecho de reclamar la eviccion. Aquel que posee una cosa como á heredero por título de legado por haberla encontrado abandonada, porque se le ha adjudicado, ó dado en noxa, ó porque la considera suya, ciertamente puede usucapirla. Con todo, si se le ha vindicado dentro el término de la usucapion no habrá lugar á reclamar la eviccion, pues que no hay nadie obligado á prestarla. Tampoco puede entenderse la misma eviccion, ó sea el derecho que tiene el dueño de quitar la cosa judicialmente al poseedor, pues que este capítulo de la ley no trata de manifestarnos qué derecho tenga el dueño dentro del año ó los dos años, sino cual es el derecho que el uso ó posesion, durante el término de uno ó dos años dá al poseedor; el cual es el legítimo dominio de la cosa poseida, segun se desprende de la definicion de Modestino, *l.* 3. *h. t.*: véase á Budeo en la *l. Herennius* 65. *de evict.* Cont. *l. disp.* 10. Don. 5. *com.* 20. y los que ilustraron con sus comentarios la ley de las doce tablas; á saber, Balduino, Hotomano y Marcilio.

2. *Bona fide*). En la persona de aquel que usucape se requiere que posea justamente, sin interrupcion y durante el tiempo prescrito por la ley; cada uno de cuyos requisitos explicaremos en seguida. Lo que se dice aqui de la buena fé se refiere á la justicia de la posesion; lo propio que lo que en seguida se añade de la causa. Así pues; para usucapir una cosa no basta poseerla si no hay buena fé. Esta se deduce de la creencia en que los poseedores están de que aquel de quien recibieron la cosa era dueño de ella, ó tenia derecho de transferir el dominio de la misma; por lo que, piensan que desde luego se han hecho dueños de ella, *l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign. l. qui á quolibet* 27 *de contr. empt.* §. *si quis* 55. *sup. de rer. div.* (a). Esta creencia, empero, es necesario que esté exenta de todo error de derecho; pues que este nunca aprovecha á los que tratan de adquirir. *l.* 7. *l.* 8. *de jur. et fat. ign.*, y por lo tanto tampoco al poseedor en la usucapion, *l. numquam* 51. *pr. h. t. l.* 1. §. *si á pupillo* 11. *pro empt.* Con todo, basta que haya adquirido la posesion con buena fé desde un principio; pues por derecho civil la usucapion así empezada no se vicia, aunque despues se sepa que la cosa

(a) L. 9. y 18. tit. 29. P. 3. L. 2. [illegible]

sa agena, *l. un. C. de usuc. transform. l. bonæ* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.*, y se atiende en esta materia al principio de la tradicion, no al del contrato, *l. si is* 16. §. *ult. l. justo* 14. §. 2. *h. t.*; excepto en la compra, en la que deben mirarse entrambos tiempos, el del contrato y el de la tradicion, *l.* 2. *pr. pro empt. l. pen. h. t.* (a). La razon de esta diferencia la indica Paulo en la estipulacion, *d. l.* 15. *in fin.*; porque, dice, puede uno estipular una cosa que no sea del promitente; dando á entender que podemos con buena fé estipular á sabiendas de otro una cosa agena; pero que esto no puede tener lugar cuando uno compra á sabiendas una cosa agena; por lo que, este no tiene derecho á la eviccion, *l. si fundum* 27. *C. de evict.*

Rem). Esto es, una cosa corporal; pues las incorporales, como son las servidumbres no pueden ser usucapidas, *l.* 14. *de serv. l. servus* 45. *de acq. rer. dom.*: puesto que no pueden ser poseidas. Con todo, en dichas cosas tiene tambien lugar la adquisicion por medio de la posesion de largo tiempo, y en cuanto á los efectos del derecho se cuasi usucupen, *l. ult. C. de præs. long. temp. l.* 10. *si serv. vind.*: véase lo que se dijo en el §. *ult. sup. de serv.* (b). Sin embargo, por consecuencia se usucapian tambien segun el derecho antiguo, á saber, cuando se habian usucapido los prédios á los que se debia la servidumbre, *l.* 10. §. 1. *h. t.*; aunque en realidad nada se usucape en este caso; sino que al prédio le siguen sus accesorios; *l. via* 23. §. 2. *de serv. præd. rust.* Sobre las demás cosas que no pueden usucapirse hablaremos en los párrafos siguientes.

5. *Aliave justa causa*). Es decir un justo título translativo (c). de dominio; pues aquellos que no poseen con título justo no permite la razon del derecho que puedan adquirir el dominio, *l. nullo* 24. *C. de rei. vind. l.* 4. *C. de præsc. long. temp.*, siendo en el caso propuesto casi la misma la razon de transferirse el dominio que la de transferirse el derecho de usucapir, *l. numquam* 31. *de acq. rer. dom.* §. *pen. inf. per quas pers. cuique acq.* La justa causa, ó puede proceder de los particulares, ó del juez, ó del majistrado, ó de nadie, sino de la misma naturaleza de las cosas. Procede de los particulares si estos entregan, pagan, dan ó abandonan alguna cosa con objeto de transferir el dominio (d), *l.* 3. §. *antepen. de acq. poss.*, y de esta especie se encuentran muchos en títulos particulares en las pandectas y en el código. Del juez en las adjudicaciones que tienen lugar en los juicios divisorios, si, por ejemplo, se tratase de un fundo ageno, como que fuese comun, *l. si per errorem* 17. *h. t.*; de otro modo la cosa se hará desde luego de aquel á quien se ha adjudicado §. *ult. inf. de off. jud.* Del magistrado en aquellas cosas en que puede transferir la posesion: pues que posee justamente aquel que posee por autoridad del pretor, *d. l.* 3. *in fin. l.* 11. *de acq. poss.* (e). de nadie, cuando se trata de aquellas cosas que si no fuesen de nadie se harian nuestras por solo la ocupacion (f), y de aquí trae su orígen el título especial *pro suo*, *l.* 2. *pro suo*; y generalmente cualquiera que posee por justa causa se considera que posee de este modo, *l.* 1. *eod.*; pero la usucapion está fundada en un título especial, y nunca en uno de general, á no ser que haya una causa especial, por ejemplo, la compra, donacion, etc., y esta ha intervenido en realidad, no por sola nuestra creencia, *l. Celsus* 27. *h. tit.*; sobre lo que hablaremos mas latamente despues.

Si mobilis erat anno ubique uno). En cualquier parte que sea; esto es, lo mismo en las provincias que en Italia, pues que no estando las cosas muebles inherentes al suelo, no podian diferenciarse por el lugar; y por su naturaleza todas podian usucapirse. De las inmuebles, empero, habia algunas que no eran capaces de usucapion; tales como los prédios provinciales, segun diremos luego. La razon porque la usucapion de las cosas muebles exijia menos tiempo que la de las inmuebles creen algunos que es, porque regularmente se siente menos perjuicio en la pérdida de aquellas que en la de estas, aunque por otra parte pueda parecer que debiera exijirse en ellas mas tiempo, por cuanto pueden las cosas muebles ocultarse con mayor facilidad. Mas esto en nada obsta; pues que semejante ocupacion hace la cosa furtiva, é impide que pueda ser usucapida. Pero la razon verdadera no es otra que la que aquí indica Justiniano, insiguiendo á Cayo, *l.* 1. *h. t.*; á saber, que los antiguos creyeron que bastaba un año ó dos para que el dueño pudiese buscar sus cosas; esto es, que en el espacio de seis meses cualquier padre de familias puede indagar donde se encuentran sus cosas muebles, y en los otros seis meses reclamarlas; y que los prédios pueden investigarse en un año, y en el otro reclamarse de aquel á quien se encontrare con

(a) L. 12. tit. 29. P. 3.
(b) L. 15. tit. 31. P. 3.
(c) Dd. ll. 9. y 18. tit. 29. P. 3
(d) Dd. ll. 9. y 18.

(e) Arg. l. 10. tit. 30. P. 3.
(f) Arg. l. 49. tit. 28. P. 3.

los posee; lo que tambien Varron *de re rust.* advierte que debe hacer todo buen padre de familias.

4. *Immobilis tantum in Italico solo*). En Italia, ó bien en aquellos paises que, aunque fuera de ella, gozaban de sus derechos; pues que tambien en las provincias hubo ciertos prédios que tenian el derecho Itálico; á saber, los de aquellas colonias á las que se les habia concedido, *l.* 1. *de censib.*; y en tales prédios no hay duda ninguna que tuvo tambien lugar la mancipacion y la usucapion. Excepto estos, empero, los prédios provinciales no podian manciparse por los poseedores, ni usucapirse por un tercero; pues que entrambos modos de adquirir eran de derecho quiritario, y comprendian un derecho pleno y el dominio quiritario, y los poseedores de los prédios provinciales no eran señores directos, ni tenian un pleno derecho sobre los mismos; pues que el pueblo romano acostumbraba reservarse para sí el dominio quiritario de ellos, cuando despues de haberlos ocupado por la guerra los restituia á sus antiguos dueños, y en reconocimiento del derecho que se retenia les imponia un tributo anual. A pesar de esto, el derecho que se habia dejado á los poseedores, asi como podia ser transferido por estos desde luego á otro por medio de la tradicion, del mismo modo podia adquirirse por la posesion de largo tiempo por un poseedor de buena fé, á fin de que de otra suerte no estuviese siempre vacilante, cuya adquisicion se llamaba prescripcion. *l. qui alienum* 54. *in pr. de evict. l. si duo* 13. §. 1. *de jure jur. l. ei à quo* 21. *h. t.* Este derecho podia defenderse por medio de una excepcion, y perdida su posesion reclamarse por la accion útil, *d. l.* 13. §. 1. *de jure jur. l.* 8. *C. de præsc.* 30. *ann.* Tambien podia dejarse á los herederos y transferirse á cualquier otro, siendo este un derecho real semejante al enfitéutico que se aproximaba al dominio, y que actualmente se llamaria dominio útil: véase lo que dijimos *sup. per traditionem* 40. *de rer divis.* Despues, empero, que Justiniano suplió con la usucapion lo que á la prescripcion faltaba, y de entrambos modos de adquirir hizo uno solo, no hay duda en que por la posesion de largo tiempo adquiere el poseedor el dominio legítimo y directo.

5. *Ne rerum dominia in incerto essent*). Si el derecho que se ha establecido acerca de la usucapion quiere juzgarse segun los preceptos estrictos del derecho natural ó de gentes, dificilmente podrá decirse que no sea inicuo; aunque lo que de esto tiene contra los particulares se compensa con la utilidad pública, pues por causa de esta se introdujo la usucapion, para que los dominios de las cosas no estuviesen inciertos, *l.* 1. *h. t.*; por cuanto esta incertidumbre hace que las cosas se cuiden con negligencia, y que los campos no se cultiven cual deberian; produce pleitos y controversias que es de interés público evitar, para cuyo objeto y fin se ha establecido la usucapion, *l. ult. pro suo l.* 2. *in pr. de aq. et aqu. pluv.* Por esta razon, Ciceron *in orat. pro Cæcin. c.* 26 llama á la usucapion *fin de toda solicitud y de los pleitos*. Platon 12. *de legib.* Estas razones, pues, indujeron á los legisladores á introducir la usucapion; pero para que fuese el menor posible el daño de los particulares, prefijaron un tiempo determinado y suficiente para que los dueños pudiesen buscar sus cosas, vindicarlas é interrumpir la posesion de otro (a). Mas si descuidaren esto y permitieren que otro las usucapa se entiende que en cierto modo las enagenan por su propia voluntad, *l. alienationis* 28. *de verb. sign.*; aunque tambien la usucapion procede contra aquel que ignora que un tercero posee su cosa, *l. un. C. de præsc. long. temp.* (b). pues el perjuicio privado que proviene de la usucapion se compensa con el bien público, en el que consiste la verdadera y sólida utilidad, y el cual debe siempre ocupar el primer lugar. Sirva esto de defensa de este modo de adquirir contra aquellos que creen que es injusto. Verdad es que Justiniano llama á la prescripcion un *impío ausilio y una ímproba alegacion del tiempo, Nov.* 9.; pero esto no lo dice *simpliciter*, sino á causa de que los hombres abusan de este recurso contra su misma constitucion, y contra los bienes y subsidios eclesiásticos; mas posteriormente derogó dicha constitucion habiéndole enseñado la experiencia que no convenia á la república, *Nov.* 111. *y* 131. *c.* 6. VINN. Tambien puede defenderse la justicia de la usucapion si atendemos á su mismo fundamento. Aquel que durante tanto espacio de tiempo, por ejemplo, de diez ó veinte años no tuvo cuidado ninguno de su cosa, ciertamente parece que la ha abandonado, principalmente si se trata de cosas inmuebles, las que apenas es posible que se oculten. Si se dice que el dueño no tuvo ocasion para vindicarlas, entonces se responderá, ¿por qué á lo menos no interrumpió la posesion por una interpelacion judicial? Aquel, pues que deja la cosa como abandonada debe tener intencion de abandonarla, tal como niegar

(a) L. 1. tit. 29. P. 3.
(b) 8 d tit.

que la tenga en este caso el dueño; pero justamente las leyes la presumen por la negligencia de este sino vindica la cosa durante tanto tiempo; pues si tuviere una justa causa que le impidiese el hacerlo, por ejemplo, si estuviere ausente por causa de la república, ó fuere menor de edad, las leyes no le niegan la restitucion por entero, rescindiendo en este caso la usucapion. Hein.

Ne domini maturius rebus suis defraudentur). Esto es, para que los dueños no pierdan sus cosas con demasiada prontitud, ni sean despojados de la posesion mas pronto de lo justo, segun se dice en *d. l. un. C. de usuc. transform.* Emplea en este párrafo el verbo *defraudare*, á causa de la dureza de la ley antigua que señalaba para la usucapion un espacio muy limitado de tiempo, y adjudicaba una cosa agena excluyendo al dueño el poseedor. Ni por la ley antigua fué permitido á este lo que propiamente significa esta palabra, es decir el usucapir una cosa agena fraudulentamente.

Constitutionem super hoc promulgavimus). Esta constitucion es la *l. un. C. de usuc. transform.*, en cuya ley habiéndose ya antes quitado la antigua distincion del dominio en bonitario y quiritario, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* se dispuso además que los prédios provinciales se considerasen de la misma naturaleza que los itálicos, y que á la par de estos pudiesen ser usucapidos con el mismo efecto. Además alargó tanto el tiempo de la usucapion, así en las cosas muebles como en las inmuebles que no queda ya ningun motivo de justa queja, si se defiende el poseedor apoyándose en una posesion no interrumpida durante tan largo tiempo, y si se le adjudica el dominio. Dicha constitucion dispone en resúmen que aquel que recibió por justa causa y con buena fé una cosa de uno que no era su dueño, y siendo mueble la poseyó durante tres años, y si era inmueble por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin interrupcion, se haga dueño con pleno derecho de ella (a). Actualmente, empero, no se observa el derecho civil, en cuanto este solo requiere la buena fé al principio en la prescripcion de muy largo tiempo, pues que se exije tambien la continuacion de dicha buena fé segun el derecho canónico, *c. fin. X. de præsc.*; siendo así que por derecho civil basta adquirir la posesion desde un principio con buena fé, y la usucapion y prescripcion bien empezada no se interrumpen, aunque despues sobrevenga la mala, *d. l. un. de usuc. tr.*; pues que por el mismo derecho no se exije ni tan solo al principio en la prescripcion de treinta años, *d. l. 3. l. 4. C. de præsc. 30. ann.*

Decennio inter præsentes, viginti annis inter absentes). Explica con estas palabras cuanto tiempo se requiere para la posesion de largo tiempo; á saber, entre los presentes, esto es, entre aquellos que están en una misma provincia, *l. ult. C. de præsc. long. temp.*, diez años, y entre los ausentes veinte (b). Así como de la antigua usucapion tomó el efecto y la adquisicion del verdadero dominio, así de la antigua prescripcion tomé el espacio de tiempo, haciendo esto extensivo á la usucapion de todas las cosas inmuebles, y formando de dos modos diversos de adquirir una sola especie, de suerte que no hay diferencia ninguna entre la prescripcion y la usucapion de las cosas inmuebles; de la prescripcion de largo tiempo quiero decir, la que á la manera de la usucapion exijia tambien el título y la buena fé; puesto que respecto de la prescripcion de tiempo larguísimo, á saber, de la de 30 ó 40 años se observa otra cosa, pues que se funda tan solo en el transcurso del tiempo.

« Tambien en España, segun la *l. 12. tit.* « 29. *Par.* 3. basta para la usucapion que « haya buena fé al principio, sin que obste « la mala fé que sobreviene antes que la usu« capion se complete, y esto indistintamente; « y así es que los doctores Aso y de Manuel « se equivocaron al decir en el *lib. 20. tit.* « 2. *c.* 11. §. 1. *de sus ins.* que en dichas « *ll.* 12 y 14. se hace una distincion; á sa« ber, que la buena fé basta en el principio « cuando la cosa se tiene por título de dona« cion, ó permuta; mas no si se tiene por « otros títulos, porque prescindiendo de que « esta distincion seria absurda, debieron echar « de ver que cuando en el *vers. Mas de d.* « *l.* se requiere en dos tiempos la buena fé, « tratándose de la compra; esto debe enten« derse de los tiempos del contrato y de la « tradicion segun se observa por derecho ro« mano. No obsta la *cit. l. 14. al pr.*, por« que cuando excluye la usucapion no es por « la mala fé que sobreviene, sino porque ha« bla del caso en que el título no es verda« dero, sino tenido como tal, cuya persuasion « ó ignorancia en un hecho propio no es to« lerable. Lop. *glos.* 1 y 2. *d. l.* 14. Ape« sar de esto creen los intérpretes que la ma« la fé que sobreviene antes del cumplimiento « de la usucapion impide esta en España per« suadiéndose que en este punto debe el de« recho civil ceder al canónico que dispone

(a) L. 9. y 19. tit. 29. P. 3.

(b) L. 18. y l. 19. d. tit. 29. vers. *E fuera.*

« lo contrario, *c. ult. X. præsc.* Lopez *glos.* « I. *d. l.* 12. Covar. *lib.* 1. *variar. c.* 5. « *num.* Por lo que hace á Cataluña no pue- « de tener lugar esta cuestion á nuestro modo « de entender, pues siendo preferido el de- « recho canónico al civil romano claro está « que será necesaria la buena fé, no solo al « principio sino basta tanto que la usucapion « esté completada.

TEXTO.

Quæ usucapi possunt, vel non. De his quæ sunt extra commercium; de servo fugitivo.

1. Sed aliquando, etiamsi maximè quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat.

TRADUCCION.

Qué cosas pueden ó no usucapirse. De aquellas que están fuera del comercio y del siervo fugitivo.

Algunas veces, aunque uno posea la cosa con buena fé, no la usucape por tiempo ninguno; por ejemplo, si uno posee un hombre libre, una cosa sagrada ó religiosa, ó un siervo fugitivo (a).

NOTAS.

1. *Liberum hominem, etc*). Y esto así, porque estas cosas no pueden adquirirse, ni estar en los bienes, *l.* 9. *D. h. t.* §. 2. *inf. de inut. stip.* Tambien las cosas incorporales, por ejemplo las servidumbres, son incapaces por su naturaleza de ser usucapidas, *l.* 14. *D. de serv. l.* 43. *de acq. rer. dom.*, aunque para los efectos del derecho tambien se cuasi usucapen por el largo uso, *l.* 10. *si serv. vind. l. ult. C. de præsc. long. temp.*

Servum fugitivum). A pesar de esto puede alegar en su favor el poseedor de un siervo fugitivo la prescripcion de 30 años, segun las *l.* 3 *y* 4. *C. de præsc.* 30. *ann.*

COMENTARIO.

1 En este párrafo y algunos de los siguientes se trata de aquellas cosas que, aunque corporales, con todo no pueden usucapirse; pero habiendo muchas de esta especie de las que no se hace mencion aqui, las diremos todas en pocas palabras. Las hay algunas cuya naturaleza es tal que no admite adquisicion ninguna, sea la que fuere, y por consiguiente tampoco ninguna usucapion; tales son las que están exentas del comercio de los hombres, y que por lo tanto no pueden estar en los bienes, como el hombre libre; las cosas sagradas, religiosas, santas y las públicas de un pueblo ó de las ciudades, *l.* 4. *l.* 6. *de contr. emp. l.* 9. *h. t.* (b). Las hay tambien que estando en los bienes, y pudiendo adquirirse, con todo no pueden usucapirse pues la ley lo prohibe. Entre estas se cuentan las cosas del fisco, §. 4. *inf. l. quamvis* 18. *eod.*; las cosas dominicas (c), *tit. C. ne rei. dom. vel. temp.*; las de las ciudades, iglesias, hospitales y otros lugares semejantes (d); *l.* 23. *C. de sacros. eccles. Nov.* 9. 111 *y* 131. *c.* 6.; las cosas furtivas y poseidas á la fuerza, §. *sig.* (e); las dadas al presidente contra la ley Julia, *l. bonæ* 48. *de acquir. rer. dom. l. pen. de leg. Jul. rep.*; las de los pupilos, *d. l.* 48. *l.* 3. *C. quibus non obstat long. temp. præsc.*; pues contra estos no corre ni aun la prescripcion de 30 años, *l.* 3. *C. de præsc.* 30. *ann.*; las de los menores de veinte y cinco años (f), *l. ult. C. in quib. ca. in int. rest.*; los bienes adventicios de los hijos de familia (g), *l.* 1. §. 2. *C. de annal. exc.*; el fundo dotal, cuya enagenacion está prohibida por la ley Julia, *l.* 4. *de fund. dotal.* Trifonino consideró como cierto que con este mismo hecho estaba tambien prohibida su usucapion, *l. si fundum* 16. *eod. tit.* (h); y finalmente las cosas cuya enagenacion se ha prohibido en testamento, *l.* 2. *C. pro empt. l. ult.* §. *sin autem* 5. *C. com. de legat.* Entremos ya en materia.

Liberum hominem). Constantino dispuso que por el solo transcurso del tiempo, aun cuando fuese por el período de sesenta años no se disminuyesen los derechos de libertad, *l. ult. C. de long. temp. præsc. quæ. pro lib.* Dijo el emperador sesenta años, no porque por un transcurso mas largo de tiempo se prescriba la libertad; sino porque regularmente los hombres no viven mas; pues ni la prescripcion de cien años seria suficiente para este caso (i); como muy bien dice aqui Acursio, puesto que este lugar no puede servir de título á nadie. Los poseedores de 30 años pueden alegar excepcion del tiempo que excluye todas las acciones, aun cuando

(a) L. 6. d. tit. 29.

(b) D. l. 6. y sig.
(c) D. l. 6.
(d) L. 7. tit. 29. P. 3. L. 9. y 10. tit. 19. P. 3.
(e) L. 4. vers. *E por ende* L. 5. vers. *Mas si supiese* d. tit. 29. P. 3.
(f) L. 8. d. tit. 29. l. 9. tit. 13. P. 6.
(g) D. l. 8. tit. 29. P. 3.
(h) D. l. 8.
(i) L. 6. y 24. tit. 29. P. 3.

no se pruebe el título ni la buena fé, *l. 3. l. 4. C. de præsc. 30. ann.* Con todo, las cosas poseidas deben ser tales que puedan adquirirse por un justo título y sujetarse á nuestro dominio.

Servum fugitivum). Los siervos fugitivos pertenecen á la prohibicion del párrafo *sig.*, pues que se considera que se hurtan á sí mismos, *l. ancil. 60. de fur. l. 1. C. de serv. fug.* (a). Acursio piensa que no puede excluirse al dueño, ni aun por la prescripcion de 30 años, por cuanto retiene la posesion del siervo fugitivo, *l. 1. §. 14. l. 15. in fin. de acq. poss.* Lo que es ridículo, pues cuando se trata de la usucapion ó prescripcion es necesario que se ponga un caso tal, en que otro haya adquirido la posesion del siervo, y sucediendo esto ya el dueño ha dejado de poseer.

TEXTO.

De rebus furtivis et vi possessis.

2. Furtiva quoque res, et quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Attilia inhibent usucapionem: vi possessarum, lex Julia et Plautia: Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit, (nam his alia ratione usucapio non competit; quia scilicet mala fide possident) sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hæreditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; quin is qui acceperit, usucapere possit, dubium non est. Quippe quum ea res in furti vitium non ceciderit; quam utique hæres, qui bona fide tamquam suam alienaverit, furtum non committat. Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet partum suum esse credens vendiderit, aut si donaverit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat, ut à possessore usucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit jus ita procedit, ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur; quamvis ipse mala fide possideat, (quia intelligit, se alienum fundum occupasse) tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa et indubitata possessio debeat auferri.

(a) L. 24. tit. 14. P. 7.

TRADUCCION.

De las cosas furtivas y poseidas á la fuerza.

Las cosas furtivas y aquellas que son poseidas á la fuerza no pueden usucapirse, aunque fueren poseidas con buena fé durante dicho largo tiempo (a); *pues que la ley Atilia, y la de las doce tablas prohiben la usucapion de las cosas furtivas, y la ley Julia y Plaucia la de las poseidas á la fuerza. Lo que, empero, se ha dicho que la usucapion de las cosas furtivas y poseidas á la fuerza está prohibida por las leyes, no quiere decir que el mismo ladron ó aquel que posee á la fuerza no pueda usucapirlas, pues que este no tiene derecho á la usucapion por otra razon; á saber, porque posee con mala fé; sino que ningun otro, aunque hubiere comprado ó por otra causa recibido de los mismos la cosa con buena fé, tiene el derecho de usucapirla. De aquí es que difícilmente sucede que en las cosas muebles tenga lugar la usucapion en los poseedores de buena fé; pues aquel que á sabiendas vende ó entrega por otra causa una cosa agena comete hurto. Alguna vez empero, sucede esto de otro modo; pues si el heredero vendiere, donare ó diere en nombre de dote á otro que la recibe con buena fé una cosa que tenia el difunto en comodato ó en arriendo ó en depósito, creyendo que es hereditaria, no hay duda que aquel que la recibió podrá usucapirla: pues que dicha cosa no habrá caido en el vicio de furtiva, por cuanto el heredero que la enagena con buena fé como suya no comete hurto. Tampoco aquel á quien pertenece el usufructo de una esclava, si vendiere ó donare el parto creyendo que es suyo, comete hurto, pues que este no se comete sin la intencion de hurtar. De otros modos puede tambien suceder que uno transfiera una cosa agena á alguno sin que cometa hurto, y que haga que el poseedor la usucapa. Con respecto, empero, á las cosas inmuebles, el derecho dispone que si uno ocupa sin fuerza la posesion de un lugar vacante por la ausencia ó negligencia del dueño, ó porque este ha muerto sin sucesor; aunque lo posee con mala fé (puesto que sabe que ha ocupado un fundo ageno) con todo, si lo entregare á otro que lo recibe con buena fé podrá este adquirir la cosa por la larga posesion, pues que la recibió sin que fuese furtiva ni poseida á la fuerza, pues está abolida la decision de algunos antiguos que creian que tambien se cometia hurto de un fundo ó terreno; y por las constituciones de los príncipes se ha mirado por la utilidad de aquellos que poseen cosas inmuebles, para que á nadie se quite una posesion larga é indudable.*

NOTAS.

2. *Lex Atilia*). En las pandectas Florentinas se lee *Atinia*, *l. 4. §. 6. l. 33. pr. h. t. l. 215. de verb. sign.* La autoridad, dice Grocio, *in spars. flor.* es el derecho de Tindicar. VINN. Muy bien se llama esta ley *Atilia*

(a) L. 4. tit. 29. P. 3. l. 2. y sig. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.

ro Atilia, segun aparece de Gelio, *lib.* 17. *c.* 7. Por el mismo autor sabemos tambien que esta ley es anterior á los tiempos de los jurisconsultos Scévola, Bruto, Manilio y Nigidio; y así es verosimil que fué dada en el año 556 de la fundacion de Roma, siendo cónsules Cayo Cornelio Cetego, y Quinto Minucio Rufo por Cayo Atinio Labeon, tribuno de la plebe, Steph. Vin. Pigh. *Annal. Rom. Tom.* 2. *p.* 255. HEIN.

Ab eis bon fid. emerit). O bien de otros que recibieron la cosa anteriormente del ladron ó del poseedor violento.

Bon. fid. accipienti). Hé aquí un ejemplo: Estando Ticio ausente por largo tiempo y habiendo dejado inculto su fundo, Seyo lo ocupó y en seguida lo vendió entregándolo á Sempronio que ignoraba que el fundo fuese ageno. En este caso, aunque el mismo Seyo no habria podido usucapir la cosa á causa de su mala fé, podrá con todo usucapirla Sempronio que es poseedor de buena fé, por cuanto recibió una cosa que no era ni furtiva ni poseida á la fuerza. VINN. Está este ejemplo copiado de la paráfrasis de Teófilo en este §. HEIN.

Quorumdam sententia). *L.* 38. *h. t.* Entre los que Gelio atestigua que se contaba á Sabino, *l.* 11. *C. ult.*

COMENTARIO.

1. *En algunos casos parece que no comete hurto aquel que á sabiendas vende una cosa agena.*
2. *La correccion de Cujacio en el versículo* quod autem *no es necesaria.*

Furtivarum rerum lex 12. *tab. et lex Atinia*). Ya Juliano hace mencion de entrambas leyes en la *l. non solum.* 33. *in pr. h. t.*, Gelio *lib.* 17. *cap.* 7. nos dá las palabras de la ley Atinia: *Quod surreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto*; esto es: *haya perpétua autoridad contra aquella cosa que ha sido hurtada.* El sentido de estas palabras es que el dueño nunca pierda el dominio de la cosa que le ha sido hurtada, que tenga siempre el derecho y facultad de vindicarla y que nadie la adquiera por ningun uso, Fabroto. Y que este fué el sentido de la ley se deduce de que esta se tomó como que prohibia la usucapion de las cosas furtivas. En el mismo sentido debe tomarse lo que en Ciceron, *lib.* 1. *de offic. c.* 12. leemos: *haya eterna autoridad contra el enemigo.* Con todo, indudablemente por la ley Atinia se dispuso alguna cosa acerca de lo que nada se habia dicho anteriormente en la ley de las doce tablas, y Paulo refiere á aquella este capítulo que trata de usucapir la cosa furtiva, cuando ha vuelto á la potestad del dueño, *l.* 4. §. *quod. autem.* 6. *h. t. l. potestatis* 215. *de verb. sign.*

Vi possessarum lex Julia et Plautia). Estas leyes no fueron dadas al mismo tiempo; de lo contrario se diria sin conjuncion Julia Plaucia, del mismo que decimos Plaucia Papiria, Papia Popea, Junia Norbana, etc.; pero así la ley Plaucia como la Julia sobre la fuerza tenian este capítulo; la Plaucia fué dada anteriormente á la Julia; por lo que, en las Padectas se pone antes, *l. non solum* 33. §. 2. *h. t.* Dice, *las cosas poseidas á la fuerza*; pues que se requiere que sean así, para que no puedan usucapirse: y no basta que se haya arrojado á uno á la fuerza del prédio, si aquel que arrojó al dueño de este no ocupa él mismo la posesion; pues que si no hubiese sido él sino otro el que entró en la libre posesion podrá dicho prédio, aun antes de volver á la potestad del dueño, ser usucapido por el poseedor de buena fé, *l.* 4. §. *si tu* 22. *l.* 33. §. 2. *eod.* VINN. Muy bien advierte Vinnio que fueron diferentes estas dos leyes, aunque las nuestras hicieron mencion de ellas como de una sola en varias partes, *l.* 33. §. 2. *ff. de usurp. et usuc.* La ley Plaucia ó Plocia fué dada por Marco Plaucio, tribuno de la plebe, en el año de la fundacion de Roma 664, siendo cónsules Cneio Pompeyo Estrabon, y Lucio Porcio Caton. La ley Julia es la promulgada por Julio Augusto acerca la fuerza pública y privada: véanse nuestras antigüedades romanas, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 5. *p.* 405. HEIN.

Quod autem dictum est). Supérfluo fué advertir esto; pues en vano se habria dado dicha ley, sino hubiese dispuesto otra cosa mas que el mismo ladron ó aquel que posee á la fuerza no pudiese usucapir, por cuanto ya antes de la ley Atinia ó Plaucia no pudieron verificarlo, á causa de la mala fé, la que es manifiesto que impidió siempre la usucapion. Unicamente trataron las leyes de impedir que el delito ageno diese causa para enagenar la cosa.

Ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide). O tambien de otros que recibieron la cosa anteriormente del ladron ó poseedor violento, pues que la cosa pasa con el vicio á que está afecta desde un principio, *l.* 7. *C. pro empt. l. vitia* 11. *C. de acq. poss.* Mas para que el poseedor de buena fé pueda usucapir la cosa, debe esta ser tal que no tenga vicio ninguno, §. *novissimè* 5. *inf. eod.*; y en el caso en que la ley prohibe absolutamente la usucapion, la buena fé del poseedor en nada le aprovecha para la misma, *l. ubi* 24. *h. tit.*

Con todo, podrá ser repelido el dueño por la prescripcion de 30 años, pues que acerca de todas las acciones, ya reales, ya personales se ha dispuesto que se excluyan por dicha prescripcion, en tanto que se concede este derecho hasta respecto de las cosas poseidas por los poseedores de mala fé, *l. 3. l. 4. C. de præsc. 30. ann.*; aunque esto no lo admiten algunos de nuestros autores actuales.

Unde in rebus mobilibus non facilè procedit). Como que tan solo puede cometerse hurto de las cosas muebles y no de las inmuebles (a), dedúcese de aqui que la usucapion tiene mas fácilmente lugar en las cosas muebles, fundándose en que las cosas que pueden ser hurtadas, fácilmente caen en el vicio de furtivas; pues cualquiera que á sabiendas enagena ó entrega á otro por cualquier causa una cosa agena, comete hurto, lo que tambien se dice en la *l. 1. C. pro empt. l. 2. C. pro donat.*

4. *Qui sciens rem alienam vendiderit*). Veamos si en algunos casos deja de tener lugar esta regla. Supongamos que el heredero ha vendido y entregado á otro que la recibe con buena fé una cosa que el difunto tenia en comodato, pero que aquel creia ser hereditaria, y que el comprador mientras estaba en estado de usucapir la cosa supo que esta era agena. Es sabido que por esto no se interrumpe la usucapion; pero pregunto, si el poseedor antes de completar la usucapion la vendiere otra vez á otro se dirá que comete hurto? Y á la verdad, mientras la cosa no está usucapida es agena, de modo que si seguimos estrictamente la regla deberemos decir que se comete hurto; pero pienso que en el caso propuesto no debe esto admitirse, y que solo tiene lugar la regla cuando uno, desde un principio supo que la cosa era agena; pues que no pudiendo en este caso usucapirla se entiende que vendiéndola trata de usurparla á su dueño, pues aun cuando la retenga con objeto de apropiársela comete hurto, *l. inficiando 67. de furt.* Aquel, empero, que tiene buena fé al principio, pudiendo usucapir la cosa continuando en la posesion, no puede decirse que comete hurto si la entrega á otro, Cujac. en la *l. 7. §. procurator 6. pro empt.*

Sed tamen id aliquando aliter). Dijo poco há, que la usucapion de las cosas muebles era dificil, fundándose en la razon de que dificilmente se trasfieren sin que caigan en el vicio de furtivas. Demuestra ahora que en algunos casos sucede de otro modo, y que no de una sola manera puede acontecer el que sin que se comete hurto se venda ó done á otro una cosa agena; y que por consiguiente de todos estos modos podrá el poseedor de buena fé usucapir la cosa. Este lugar está copiado de Cayo, *l. potest 36. h. t.* á la verdad, no con las mismas palabras, pero con otras que significan lo propio, con la misma claridad y evidencia; lo que advierto porque Hotomano dice que Triboniano no tuvo presente en esté lugar su objeto, y que las palabras de este texto nada significan. A mí por el contrario me parece que cuando Hotomano escribió esto no estaba muy sobre sí.

Bona fide accipienti vendiderit aut donaverit). Dos modos nos pone por los que puede enagenarse sin cometer hurto una cosa mueble agena, y entrambos los copia de Cayo, *d. l. 36.*: el uno es si el heredero enagenare como suya, creyendo que es hereditaria, una cosa que el difunto tenia en comodato, arriendo ó depósito. Nada dice del caso en que el heredero retenga para sí semejante cosa, puesto que esto de nada serviria para probar lo que se habia propuesto; á saber, que sin cometer hurto puede en algunos casos transferirse una cosa agena. Si el mismo heredero puede usucapir semejante cosa lo veremos mas abajo en el §. 7. *inf. eod.*

Partum suum esse credens). Otro caso de la misma especie. El parto no se considera como fruto de la esclava, y por lo tanto pertenece al dueño de la propiedad, §. 7. *in pecudum 37. sup. de rer. div.* (b), sin que el usufructuario pueda usucapirla, ya sepa que el parto es ageno, ya piense que le pertenece, puesto que es un error de derecho el que nunca aprovecha al poseedor para la usucapion, *l. numquam 31. h. t.* Con todo, si creyendo que es suyo el parto é induciéndole tal vez á este error el que pertenecen al usufructuario los fetos de los ganados lo vendiese á otro, podrá ser usucapido por el poseedor de buena fé, *d. l. 36. §. 1.*; puesto que aquí no hay nada en la persona del que recibe la cosa que impida la usucapion. No aquella está afecta al vicio de furtiva; pues no porque el usufructuario por ignorancia de derecho venda el parto como á suyo, puede decirse que comete hurto, por cuanto este no se comete sin la intencion y ánimo de hurtar, que no tiene aquel que yerra (c), *l. furtum 57. eod. §. placuit. 7. inf. de obl. quæ ex del.* Y es vulgar aquello de que la falsa creencia excusa del dolo por la *l. 1. in*

(a) L. 1. tit. 14. P. 7. vers. *Otrosi*

(b) L. 23. tit. 31. P. 3. vers. *Otros.*

(c) L. tit. 14. P. 7.

fin. de abigeis l. 14. *C. ad. l. Tab. de plag.*

Aliis quoque modis accidere potest). Otro modo se encuentra en Cayo, *d. l.* 56. §. 1. á saber, si uno por error se creyere heredero, no siéndolo, y enagenare una cosa hereditaria. Tambien nos pone otro Papiniano, *l. mandatum* 57. *mandat.*, si el heredero del mandatario difunto vendiere alguna cosa con ánimo de cumplir lo que el difunto habia encargado en virtud de su mandato. Otros dos se encuentran en Pomponio, *l.* 5. *pro deret.* á saber, si uno vendiere una cosa que poseia considerándola por perdida ó si vendiere la cosa que le ha donado su muger, de modo que en este caso no obsta para la usucapion el que el comprador supiere que la cosa es tal, pues que se vende casi queriéndolo y permitiéndolo el dueño, *d. l.* 5. *pro derel.*

2. *Quod autem ad eas res, quæ solo continentur expedit, jus ita procedit, ut, si quis*). Cujacio corrije este lugar de esta suerte: *Quod autem ad eas res quæ solo continentur expeditiùs procedit ut quis, etc.*, de modo que esta frase *Quod ad eas res quæ solo continentur*, sea elíptica y se sobreentienda el verbo *attinet*; y como aun en este caso no tiene un perfecto sentido, entre la coma y la conjuncion *quamvis*, pone el relativo *qui*; de modo que el sentido sea; que es mas fácil que uno adquiera sin fuerza la posesion de una cosa inmueble agena, que sin cometer hurto la de una cosa mueble, y que por consiguiente es mas fácil tambien que el poseedor de buena fé pueda usucapir las cosas inmuebles; lo que es cierto; pero no por ello es lícito mudar nada pues que el modo como vulgarmente se lee está bien y tiene perfecto sentido, y en cuando al efecto es casi el mismo, á saber, como si dijere; por lo que hace á las cosas inmuebles, en vez de lo cual Triboniano dijo: *Conviene que el derecho disponga que si uno ha adquirido sin fuerza la posesion de un fundo ó de un lugar ageno, aunque sea con mala fé, sobre lo que puede principalmente dudarse pueda este transferir a otro que lo recibe con buena fé con el derecho de usucapir dicho lugar ó fundo, derecho de usucapir que él mismo no tenia por su mala fé, por cuanto no se recibe ni una cosa poseida á la fuerza, ni furtiva, pues que no se entiende que se cometa hurto de las cosas inmuebles, l.* 37. §. 1. *et leg. seq. h. t.*, de la que se ha sacado esto. Lo contrario sucede en las cosas agenas muebles, las cuales vendidas á sabiendas se hacen furtivas, por cuya causa no se ver porqué algunos alaban tanto la correccion de Cujacio. Vinn. ¿Pero quién, ni aun en los siglos bárbaros habria hablado de esta suerte, *quod ad hanc rem expedit*, en vez de *attinet?* Muy bien, pues, Cujacio creyó que se cometia una elipsis en la frase *quod autem ad eas res quæ solo continentur*; á saber, del verbo *attinet*; y muy bien tambien en vez de *expedit jus*, puso *expeditius*. Pero yo pienso que las últimas silabas *expedit* JUS deben leerse por duplicado *expeditius jus ita procedere*; y de este modo sin ninguna otra enmienda queda claro el sentido de todo este lugar. Hein.

Vacantis propter absentiam aut negligentiam). La simple ausencia del dueño no constituye la posesion libre; puesto que es sabido que se conserva con el solo ánimo, *l.* 5. §. *saltus* 11. *l.* 6. §. 1. *de acq. poss.* §. *possidere* 5. *infra de interd.*; por lo que, esta lugar debe entenderse de una ausencia prolongada del dueño que abandona y deja inculta enteramente su cosa, lo que Cayo expresó con las palabras *largo tiempo*, *d. l. furtum* 57. §. 1. Manifiestamente se equivocan aquellos que entienden el lugar vacante por el que es abandonado por el dueño, pues que la cosa dejada por perdida ó abandonada se hace desde luego del que la ocupa, §. *pen. sup. de rer. div.*; mas el lugar que se dice aquí vacante, se niega pueda ser usucapido por el que lo ocupa, como tambien en la *l. quam rem.* 58. *eod.* Equivócase tambien la glosa al pensar que lo que aquí se dice está correjido por la *l. ult. C. unde vi*; por lo que tambien se la reprende vulgarmente. En efecto, no porque Justiniano concedió el interdicto de posesion momentánea contra aquel que ocupa la posesion vacante, debe desde luego decirse que se le ha de considerar en todo lo demás por invasor y poseedor violento; porque puede en algunos casos tener lugar la usucapion, aunque completa el interdicto *unde vi, l.* 4. §. *si tu me* 22. *l. non solum n.* 33. §. 2. *h. tit.* Añádase á esto que esta constitucion fué dada mucho tiempo antes que las instituciones, como lo manifiesta su fecha.

Sine successore decesserit). Asi tambien se expresa Cayo *d. l.* 37. §. *eod.* Entiéndese que uno ha muerto sin sucesor, no solo cuando realmente no ha dejado ninguno, sino cuando habiendo dejado un cierto sucesor, ya legítimo ó testamentario, este no ha tomado aun posesion de las cosas hereditarias; pues que estando yacente la herencia Scévola dice que no se comete hurto de las cosas hereditarias, *l.* 1. §. *Scevola* 15. *si is qui testam. lib.* Y despues de adida, aunque pasen todos los derechos al heredero, con todo este no adquiere la posesion, á no ser que naturalmente la haya ocupado, *l. cum heredes*

23. *de acq. poss.*, por lo que, cuando uno ha ocupado sin fuerza la posesion de un fundo hereditario vacante, en el caso en que hay un heredero cierto, y la ha entregado á otro que la recibe con buena fé, podrá este poseedor usucapirlo, porque recibió una cosa que no era furtiva, ni poseida á la fuerza. Ni obsta lo que está dispuesto dé que la usucapion empezada por el difunto pueda completarse antes de adirse la herencia, *l. captam* 40. *h. t.*, de modo que parezca que la cosa no puede ser en aquel intérvalo poseida por otro; puesto que á la vez no pueden dos poseer una misma cosa, *l.* 3. §. *ex contrario* 5. *de acq. poss.*; pues que esto, como en otras partes se dice, solo tiene lugar cuando durante el tiempo intermedio la cosa no está ocupada por otro, *l. possessio* 20. *h. t. l.* 6. §. *ult. pro empt.* Y por otra parte, solo hablamos de una cosa que fué propia del difunto, no de aquella que este poseia y habia empezado á usucapir.

Abolita est sententia existimantium). Gelio, *l.* 11. *ca. ult.* atestigua que fué de esta opinion Masurio Sabino; no porque creyera que el fundo ó el terreno pudiese quitarse ó transportarse á otro lugar, sino porque pensaba que la palabra *hurto* se derivaba de fraude, ó porque, con Varron y Labeon la hizo derivar *á furvo*; esto es, aquello que se hace clandestina y obscuramente, y muchas veces de noche; puede empero tambien de este modo usurparse la posesion de un fundo lo mismo que de una cosa mueble ó semoviente. Pero es mas cierto que la palabra *furtum* viene á *ferendo* ó mas bien del griego φώρ por la semejanza de las letras, cuya palabra derivaron los griegos del verbo φέρειν, que quiere decir llevar, *l.* 1. *de furt.* §. 2. *inf. de obli. quæ ex del.* Gel. *lib.* 2. *c.* 8.; cuya etimología no permite que digamos que puede cometerse hurto de una cosa inmueble. Ni tampoco es cierto que se usurpe la posesion al dueño si uno ha entrado clandestinadamente en el fundo, *l.* 6. §. 1. *de acq. poss.*; pues el hurto es la perturbacion de la posesion. Si, empero, cuando el dueño volviere no se le permitiere la entrada, entonces se empieza á considerar que posee á la fuerza dicho lugar.

Fundi locive). Nuestros autores distinguen muchas veces el fundo de lugar, *l. ex mille* 64. *de evict.* Cayo *l.* 38. *h. t.*, y aquí Justiniano con la palabra *fundo*, parece entender un todo; es decir, un campo en union con la granja, el edificio con el area; mas por lugar solo una cierta porcion del fundo, *l. locus* 26. *de acq. poss.*; y muchas veces el campo ó area en que no hay edificio; en la ciudad el area y en la campiña el campo, *l. ager*. 27. *l. locus* 60. *l. quæstio* 115. *l. fundi* 211. *de verb. sign.*; aunque esto no sucede siempre así, y la palabra *lugar* se toma muchas veces en un sentido mas lato, que el fundo, aun entre nuestros autores, *l.* 4. *si serv. vind. l.* 1. §. 4. *unde vi.*: véase á Alciato *in tit. de verb. sign.*

Principalibus constitutionibus). Ya aquellas por las que los poseedores de las cosas muebles se defienden por la posesion de diez ó veite años, *tit. C. de præsc. long. temp.*, cuyo tiempo actualmente se ha hecho extensivo á la usucapion de las inmuebles; ya aquellas por las que los dueños quedan absolutamente excluidos por la prescripcion de 30 años, *l.* 3. *y* 4. *de præsc.* 30 *ann.* (a). Debemos advertir aquí que Justiniano en la *Nov.* 119. *c.* 7. de la que está sacada la auténtica *malæ fidei C. de præsc. long. temp.* solo derogó el derecho de que hemos hablado en el caso en que habiendo sido enagenada una cosa por un poseedor de buena fé no puede ser usucapida ó adquirida por la posesion de diez ó veinte años, por aquel que la recibió con buena fé, sino en el caso en que el dueño supiere que otro posee su cosa y durante todo aquel tiempo no la hubiere reclamado; pues de otro modo exige la prescripcion de 30 años (b). Con todo, esto solo tiene lugar si al tiempo en que se entrega la cosa á otro sabe aquel que la entrega que es agena, y no empieza á poseerla con buena fé: véase lo que dice Gotofredo en dicha auténtica.

« En España la ley 21. *tit.* 29. *P.* 3. esta-
« blece la doctrina de las *ll.* 3. *y* 4. *C. de*
« *præs.* 30. *ann.*; y en la ley 19. de dicho ti-
« tulo se sienta la doctrina de la *novela* 119
« *cap.* 7. No obstante esto, Gregorio Lopez
« en su glosa á dicha ley 21., cree que la
« mala fé impide entre nosotros la prescrip-
« cion de 30 años, observándose en esta ma-
« teria el derecho canónico, segun habia
« dicho en la *l.* 12. del mismo titulo. Vela
« por su parte dice aun mas; pues piensa que
« esta doctrina se halla establecida en la *l*
« 2. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*, añadien-
« do que por esta ley se corrige la otra *l.* 21
« *tit.* 29. *P.* 3. Covarruvias, *reg. possess*
« *part.* 2. §. 8. *n.* 5. Castillo *de tertiis cap*
« 26. *n.* 13. y Molina de *primoge. lib.* 2. *cap*
« 6. *n.* 66. con muchos otros autores citado
« por los mismos, piensan que hasta la pres-
« cripcion inmemorial se impide por la mala
« fé; á saber, aquella que consta que es ma

(a) L. 21. tit. 29. P. 3.
(b) L. 19. d. tit.

« la; pues la que tan solo lo es por presun-« cion se quita por la prescripcion de 30 « años. Covar. d. §. 8. n. 4. y sig.»

TEXTO.

De vitio purgato.

3. Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res usucapi potest: veluti si in domini potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.

TRADUCCION.

Cuando se ha purgado el vicio de la cosa.

Algunas veces puede tambien una cosa furtiva ó poseida á la fuerza ser usucapida, por ejemplo, si hubiere vuelto al poder del dueño, pues entonces purgado su vicio tiene lugar la usucapion de la misma.

NOTAS.

3. *In potestatem domini*). En poder del dueño, no de aquel á quien ha sido hurtada, *l. 4. §. 6. h. t. l. ult. de vi bon. rapt.*; por lo que, si hubiere sido hurtada al acreedor deberá la cosa volver al poder del dueño, *d. l. 4. §. 6.* á no ser que hubiere sido este quien la hurtó. Así debe entenderse lo que dice Paulo en la *l. ult. eod.* Se entiende que la cosa ha vuelto al poder del dueño; cuando este ha adquirido su posesion justamente, de modo que no puede arrebatársele, *d. l. 4. §. 2.*

COMENTARIO.

4. *Si ha sido hurtada una cosa dada en prenda, á poder de quién ha de volver para que se purgue su vicio, al del dueño deudor, ó al del acreedor?*

Púrgase el vicio de las cosas furtivas, poseidas á la fuerza ó dadas contra la ley Julia si volvieren á la potestad del dueño ó de su primer poseedor, y desde entonces pueden ya ser de nuevo usucapidas, *l. 4. §. quod. autem 6. l. ubi. 24. §. 1. n. t. l. pen. de leg. Jul. rep.* La palabra potestad en el caso propuesto significa la posesion y la facultad de tener y poseer la cosa, *d. l. 4. §. tunc. 12.* La cosa poseida á la fuerza debe volver á la potestad de aquel que ha sido arrojado de ella, aunque no sea dueño; pues que no se entiende haberse purgado la violencia, sino en el caso en que el mismo arrojado haya sido restituido en la posesion, *l. 6. §. 3. de precar.* La cosa dada contra la ley del peculado es preciso que vuelva á la potestad de aquel que la dió ó á la de su heredero, *d. l. pen de leg. Jul. rep.*; pero para que se purgue el vicio de la cosa furtiva es preciso que vuelva á la potestad del mismo dueño, *d. l. 4. §. quod autem. 6.*; pues que el hurto de la cosa solo perjudica á este, á quien únicamente compete por lo tanto la condicion furtiva, *§. ult. inf. de obli. quæ ex del.* Con todo, no hay diferencia entre que la cosa haya vuelto á la potestad del dueño ó poseedor, y entre que se le haya satisfecho de cualquier modo, *d. l. 4. §. sed. et si 13. l. si 15. l. si fur. 52. pr. eod. l. quamvis. 84. de fur.*

4. Acerca de la cosa dada en prenda y hurtada al acreedor puede dudarse si para que se purgue el vicio, y pueda usucapirse ha de volver á la potestad del dueño deudor, ó á la del acreedor, pues Paulo responde que debe volver á la del dueño, *d. l. 4. §. quod. autem. 6.*, y el mismo es el parecer de Labeon, *l. ult. eod.* Con todo, el mismo Paulo en *d. l. ult.* en sus notas á Labeon afirma lo contrario; á saber, que la cosa dada en prenda y hurtada puede ser usucapida si volviere á la potestad del acreedor; pero esto puede conciliarse sin grande dificultad. Debe distinguirse entre si ha sido el mismo deudor ú otro el que ha hurtado la cosa al acreedor. En el último caso siempre es necesario, para que se purgue el vicio, que la cosa vuelva á la potestad del deudor, *d. l. 4. §. quod autem 6.*, y así tambien lo siente Labeon; pero en el primer caso se purga el vicio volviendo la cosa á la potestad del acreedor. Ni esto lo niega tampoco Labeon, y estuvo siempre fuera de toda duda, indicándolo tan solo Paulo para dar a entender que en algunos casos puede usucapirse la prenda que volvió á la potestad del acreedor, cosa de que no hizo mencion Labeon. Esto segun dije era de derecho indudable, pues debe haber algun modo para purgar el vicio volviendo la cosa á la potestad de otro que el ladron. Con todo, Casio admitia tambien la usucapion, aunque la prenda hurtada y vendida por el deudor no hubiese vuelto á la potestad del acreedor, cuya opinion prevaleció, *d. l. 4. §. si rem. 21. l. 5. pro empt.*; aunque no dudo que la reprobaron otros, y tambien Labeon y sus sucesores, á quienes pareció absurdo que fuera uno mismo el que cometiera el hurto y lo enmendara, cuya opinion parece expresamente confirmarse en la *l. 6. C. pro empt.* Cujacio empero en *d. l. 4. §. si rem 21.* distingue de este modo: ó bien el deudor vende á otro la prenda que no poseia el acreedor, y entonces el comprador no puede usucapirla,

pues que el hurto se comete en el acto de la misma venta; y despues de cometido el hurto no se purga el vicio por cuanto no vuelve la cosa á la potestad; y de este caso pienso que habla *d. l.* 7. *C. pro empt.:* ó bien quitó la prenda al acreedor que la poseia, y en seguida la vendió, en cuyo caso piensa que puede el comprador usucapirla, puesto que despues de cometido el urto la cosa estuvo en potestad del deudor, y esto es lo que segun él manifiesta *d. l.* 4. §. *si rem.* 21. *h. t. y d. l.* 5. *pro empt.* Lo que es cierto es que en esta cuestion se trata de una cosa agena que se ha dado en prenda por un poseedor de buena fé para que tenga lugar la usucapion por titulo de compra, *d. l.* 5. *pro empt.* Aunque, empero, una cosa agena dada en prenda no quede obligada, con todo es válido el contrato de prenda entre aquellos que lo celebraron, segun la *l.* 9. §. *pen. l. si pignore* 22. §. 2. *de pign. act.*

..ATO.

De re fiscali et bonis vacantibus.

1. Res fisci nostri usucapi non potest; sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse, et ita divus Pius, et divi Severus et Antoninus rescripserunt.

TRADUCCION.

De las cosas del fisco y de los bienes vacantes.

Las cosas de nuestro fisco no pueden ser usucapidas, pero Papiniano escribió que el comprador de buena fé puede usucapir una cosa que se le haya entregado perteneciente á los bienes vacantes no denunciados aun al fisco; y así lo mandaron los emperadores Pio, Severo y Antonino.

NOTAS.

1. *Res fisci*). *L.* 18. *l.* 24. §. 1. *h. t.* Hay tambien otras que no pueden usucapirse, tales como las cosas de señorío, *C. ne rei dom. vel templ.*; las de las ciudades, las de la iglesias, las de los hospicios, etc.; acerca de las cuales véase la *l. ult. C. de fund. patrim l. ult. C. de fund. rei priv. lib.* 11. *l.* 23. *C. de SS. eccl. Nov.* 9. *Nov.* 111. *Nov.* 131. *c.* 6. las cosas de los pupilos, *l.* 3. *C. quib. non obst. long. temp. præsc.*; las de los menores, *l. ult. C. in quib. ca. in int. rest.*; las dadas al presidente contra la ley Julia, *l. pen. de leg. Jul. rep. l.* 48. *de acq. rer. dom.*; los bienes adventicios del hijo de familias, *l.* 1. §. 1. *C. de ann. exc.*; y finalmente las cosas cuya enagenacion está prohibida por la ley ó por el testamento, *l.* 2. *C. pro empt. l.* 16. *de fund. dot.*

COMENTARIO.

1. *En este párrafo parece quitarse la prescripcion de cuatro años que antiguamente se concedia al poseedor de los bienes vacantes contra el fisco.*

Entre las cosas que prohibe el derecho que puedan usucapirse, las que están resumidas en el párrafo 1.° de este título, ocupan el primer lugar las cosas del fisco, *l. quamvis* 18. *l. ubi.* 24. §. 1. *h. t. l.* 2. *C. com. de usuc.* Háse concedido este privilegio á dichas cosas, para que la negligencia del procurador del fisco no perjudique al príncipe que está ocupado con otros cuidados; y con tantos y tan grandes negocios que no tiene tiempo para cuidar de los suyos, ni de las cosas del fisco. Lo mismo debe decirse de las cosas patrimoniales, que por esta razon se comparan con las fiscales, §. *ult. eod.* No habrá, pues, prescripcion ninguna que pueda escudar al poseedor contra el fisco. Acerca de los fundos patrimoniales y del fisco se ha dispuesto que su poseedor pueda prescribirlos por 40 años, *l. ult. C. de fund. patrim. lib.* 11. *l. ult. C. fund. rei priv. lib. eod.* Solo se previene que con esta prescripcion no consiga contra el fisco que la posesion sea inmune en lo sucesivo de todo cánon, *l.* 6. *C. d. tit.* Con todo, Justiniano, *l. ut iter.* 23. *C. de sacros. eccl.* concedió á las ciudades el privilegio de que contra ellas no pudiera alegarse otra prescripcion que la de 100 años; lo que debe con mayoria de razon observarse con respecto al fisco. El mismo derecho se concede en dicha ley á las iglesias, y lo confirma en la *Nov.* 9.; pero lo derogó posteriormente en las *Nov.* 111. y 113. *c.* 6.; substituyendo la prescripcion de 40 años, en vez de la de 100, con cuya constitucion posterior debe considerarse tambien derogado el privilegio concedido á las ciudades; *l.* 23. *C. de sacros. eccl.* Y así en este caso tiene lugar la prescripcion de 40 años (a). En las causas criminales del fisco, como tambien en la persecucion de los crímenes regularmente tiene lugar la prescripcion de 20 años, *l. querela* 12. *C. ad. leg. Corn. de fals.*: asi tambien lo tendrá en la persecucion de los bienes del condenado ó acusado que posee el fisco; y

(a) L. 7. d. 29. tit. 29. vers. *Mas las otras.* La ley 26 del mismo título exige 100 años en la prescripcion de las cosas propias de la Iglesia romana, y solo tres cuando se trata de cosas muebles.

aqui creo se refiere la *l. in omnibus* 15. *de divers. tem. præsc.*; aunque Cujacio la entiende de las causas civiles del fisco, las que dice se extinguen todas por 20 años, excepto la causa criminal y de los bienes vacantes, *l.* 2. *C. de vect. et com. l.* 1. §. 2. *de jur. fisc.*

Bonis vacantibus). Llámanse bienes vacantes los de aquellos que mueren sin heredero. Estrabon *lib.* 17. *á geograf.* los llama ἀδέσποτα, sin dueño, y Harmenópulo, ἀκληρονόμητα, esto es, sin heredero *lib.* 5. *tit.* 1. §. 18. Estos bienes por la ley Julia pertenecen al fisco, *l. quidam.* 96. §. 1. *l. filius fam.* 114. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *de jur. fisc. l.* 1. *C. de cuadr. presc. lib.* 1. *C. de bon. vac., etc.* (a). El derecho de ocupar los bienes vacantes se cuenta entre las regalias, *lib.* 2. *feud. tit. quæ. sint. regal.* Habia ciertos delatores que denunciaban dichos bienes ú otras cosas pertenecientes al fisco para conseguir algun premio, *tit. de jur. fisc.*, semejantes á los antiguos *cuadruplatores* ó sea delatores; acerca de cuya palabra véase á Festo. Deben contarse tambien entre los bienes vacantes los caducos aun no denunciados; los que se llaman así, porque por ciertas causas caen en poder del fisco, aunque estas han sido casi enteramente derogadas por Justiniano, *l. un. C. de cad. toll.*

Fisco nondum nuntiatis). A saber, no denunciados por los delatores, quienes tenian al encargo de delatar lo que habia recaido en el fisco, *tit. de jur. fisc.*; acerca de lo cual trata de propósito Gudelino, *lib.* 5. *de jur. noviss. c.* 10.

1. *Usucapere posse*). Este lugar y *d. l.* 18. *eod.* manifiestan que para introducir la usucapion de las cosas vacantes debia ser preciso que se diese algun rescripto; pues que los bienes vacantes pertenecen al fisco *ipso jure*; aunque no se cuentan en el patrimonio del mismo antes de haber sido denunciados, y de haber el fisco tenido intencion de ocuparlos. Parece que Justiniano quitó aquí la prescripcion de cuatro años, que antes se daba al poseedor de los bienes vacantes contra el fisco que los reclamaba pasado dicho tiempo, *l.* 1. *C. de quadrien. præsc. l.* 1. §. 2. *de jur. fisc. l.* 10. *de div. temp. præsc.*; pues antiguamente habia tambien cierta utilidad en la prescripcion de cuatro años, y en la usucapion de uno ó dos contra el fisco: en la prescripcion, porque obstaba al fisco sin consideracion á la buena ó mala fé del poseedor, pues estaba prefijado este tiempo para entablar su accion, como tambien el de cinco años para vindicar la cosa que hubiese caido en comiso, *l.* 2. *C. de vect. et com.*; y en la usucapion, porque se completaba con mas breve tiempo. Mas si exigimos el mismo tiempo en la usucapion de las cosas inmuebles vacantes contra el fisco, que el que exigimos, segun dispuso Justiniano, en la de las otras cosas de la misma especie, podrá el fisco entablar su accion durante el término de diez años, y ya la denunciacion no se concluirá al cabo de los cuatro. Y apenas tengo duda ninguna de que esta fué la intencion de Justiniano, y lo prueba que Triboniano en la *l. quamvis.* 18. *h. t.* en vez de lo que Modestino habia dicho *usucapirá*, puso *adquirirá por una larga posesion*, segun así lo reconocen todos los escritores mas distinguidos. Esto vulgarmente no lo tratan los intérpretes.

«En España la real jurisdiccion, ya sea civil, ya criminal no se prescribe nunca, ni aun por tiempo inmemorial, *l.* 4. *tit.* 8. *lib.* 11. *Nov. Rec.*; como tampoco los impuestos, *l.* 2. *del mismo título.* De paso advertiremos aquí que el tiempo inmemorial debe probarse segun la forma establecida en la *l.* 1. *tit.* 17. *lib.* 10. *Nov. Rec.*: véase á Covar. *cap. possessor par.* 2. §. 2. *y* 5.»

TEXTO.

Regula generalis.

5. Novissimè sciendum est, rem talem esse debere ut in se non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

TRADUCCION.

Regla general.

Ultimamente debe saberse, que para que el comprador ó aquel que posee por otra justa causa pueda usucapir la cosa, esta debe ser tal que no tenga vicio ninguno (a).

COMENTARIO.

Esto es una consecuencia de lo anteriormente dicho. En resúmen dice que no basta al poseedor para la usucapion el que posea con buena fé, y que haya recibido la cosa por una justa causa ó por un título traslativo de dominio, si las cosas no son íntegras y tienen algun vicio; esto es, sino son tales que no estén exentas de usucapion naturalmente, ó por la *l. ubi* 24. *h. t. l.* 5. *C. pro emp.* Acerca de la posesion, que es el fundamento y causa próxima de la usucapion hablaremos en el §. 7. *inf.*

(a) L. 8. tit. 13. P. 6. al fin. l. 1. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

(a) L. 4. y sig. tit. 29. P. 3. l. 4. tit. 15. lib. 10 Nov. Rec.

TEXTO.

De errore falsæ causæ.

6. Error autem falsæ causæ usucapionem non parit; velut si quis, quum non emerit, emisse se existimans, possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donato possideat.

TRADUCCION.

Del error de una falsa causa.

El error de una falsa causa impide la usucapion; por ejemplo, si uno, creyendo haber comprado no habiéndolo hecho, posee una cosa, ó la posee como que se le ha donado, no habiendo esto tenido lugar (a).

COMENTARIO.

Ya antes se ha dicho que no tenia lugar la usucapion ni la prescripcion de largo tiempo sino precede una justa causa de posesion, *l. null.* 24. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de præsc. long. temp. l.* 6. *C. de acq. poss.* Estas causas en el derecho se llaman tambien títulos, *l. ult. C. de usuc. pro hær. d. l.* illo 24. *C. de rei vind. d. l.* 4. *de præsc. long. temp.* Las justas causas de posesion son las mismas que las de adquirir el dominio, *l.* 3. §. 21. *de acq. poss.*, en cuya ley se hace mencion de muchas de estas especies (b). El error de una falsa causa; esto es, la creencia de un justo título impide la usucapion, pues se requiere que realmente haya intervenido el título; esto es, aquel que piensa haber comprado ó habérsele legado ó donado alguna cosa, no habiendo esto tenido lugar, no puede usucapir por título de compra, donacion ó legado; sino tan solo aquel que en realidad compra ó á quien se lega ó dona alguna cosa, *l. Celsus* 27. *h. t. l.* 1. *pro donat. l.* 2. *et* 3. *pro legat. l.* 7. *pro derel. l.* 1. §. *ult. pro dot.*; pues nuestra falsa creencia no muda la verdad de la cosa, *l.* 6. *ad munic.* Algunos, empero, de los antiguos creian que en la falsa creencia del título debia tener lugar la usucapion *pro suo*; pero Celso en *d. l.* 27. manifiesta su error valiéndose de esta razon; á saber, porque cuando no se ha comprado, donado ó legado nada, no tiene lugar la usucapion por título de compra, donacion ó legado. Esta razon puede parecer ridícula á primera vista; pues aquellos que dice Celso que se equivocan, no dicen que el poseedor de buena fé que piensa haber comprado ó habérsele donado ó legado alguna cosa, no habiendo tenido esto lugar, pueda usucapirla por título de compra, donacion ó legado, sino *pro suo*; cuyo título no parece excluirlo la razon de Celso, pues que este título es tambien justo. Debe pues explicarse dicha razon, para que aparezca que por ella en el caso propuesto, no hay tampoco lugar á la usucapion *pro suo*. Este título *pro suo* es de dos maneras: uno especial que nace de la misma naturaleza de la cosa poseida, y tiene lugar en aquellas cosas que por solo la ocupacion se hacen nuestras, y este produce la usucapion, *l.* 2. *pro suo*; y otro general que vá unido á todas las demás cosas; por ejemplo, aquel que con buena fé posee una cosa, como título de compra, donacion, ó legado, posee tambien á la vez *pro suo*; pero este título general no es un justo título de posesion, á no ser que concurra otro especial al que vaya unido, *l.* 1. *pro suo.* Pienso que ahora se entenderá ya la fuerza que tiene la razon de Celso; á saber, que no concurriendo otro título especial, como no concurre en el caso propuesto, no puede admitirse el general *pro suo*. Con todo, esto debe entenderse de modo que un justo y probable error del poseedor no impida la usucapion; por ejemplo, si el siervo ó procurador persuadieren falsamente al dueño que compraron alguna cosa que les habia encargado que comprasen; en este caso el poseedor á pesar de su falsa creencia podrá usucapir la cosa; porque la ignorancia de un hecho ageno es un error tolerable, *l. quod vulgo.* 11. *pro empt. l. ult.* §. 1. *pro suo* (c) Puede tambien en un hecho propio intervenir un error tal que no impida la usucapion, *l.* 2. §. *si á pupillo* 25. *et* §. *seq. pro empt.*

TEXTO.

De accessione possessionis.

7. Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncti et hæredi et bonorum possessori, continuatur, licèt ipse sciat; prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, hæredi et bonorum possessori licet ignoranti possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.

TRADUCCION.

De la continuacion de la posesion.

La larga posesion que habia empezado á aprovechar al heredero y al poseedor de bienes se continúa, aunque este sepa que el prédio es ageno; pero si aquel no tuvo buena fé, la posesion no aprovecha al heredero, ni al poseedor

(a) L. 14. tit. 29. P. 3.

(b) L. 9. y 18. d. tit.

(c) D. l. 14. tit. 29. P. 3.

de bienes, aunque ellos la tuvieren; lo que por nuestra constitucion se dispuso que se observara tambien en las usucapiones, de modo que se continúe la posesion.

NOTAS.

Diutina possessio). La usucapion no puede tener lugar sin la posesion, *l.* 25. *h. t.* No precisamente se exige, empero, que la posesion la continúe una sola y misma persona, sino que está recibido que pueda aprovechar la posesion agena, *l.* 14. *h. t. l.* 2. §. 19. *et seq. pro empt. l.* 15. §. 1. *y sig. de acq. poss. l.* 14. *de div. et temp. præsc.*

Hæredi continuatur). *L.* 43. *h. t. d. l.* 2. §. 19. Y esto por la misma razon que continúa en usucapir aquel que supo posteriormente que la cosa era agena, *l.* 48. §. 1. *de A. R. D.*; pues el heredero hace las veces del difunto, *l.* 22. *h. t.*

Hæredi non procedit). Por cuanto el heredero no solo sucede en las virtudes sino tambien en los vicios del difunto, *l.* 11. *de div. et temp. præsc. l.* 11. *C. de acq. poss.*

Et in usucapionibus). El sentido de esto es que por su constitucion dispuso que la misma continuacion del tiempo entre el heredero y el difunto tuviese tambien lugar en la usucapion reformada por él mismo, y tambien en la de las cosas muebles. La transposicion que hace Cujacio no está conforme.

COMENTARIO.

1. *Qué es lo que significa en este título la palabra poseer?*
2. *Requiérese la posesion continuada durante el tiempo prescrito por la ley para la usucapion.*
3. *La posesion se interrumpe de dos maneras, y qué efecto produce cada una de ellas?*
4. *Para completar la usucapion aprovecha la posesion agena.*
5. *La posesion legítima del difunto aprovecha al heredero, aunque este tenga mala fé; mas la injusta de aquel no le aprovecha, aunque él la tenga buena, y en qué razon se funda esto?*
6. *Refútase á Cujacio, Wesembecio y Hotomano, y manifiéstase cual sea el sentido de las palabras últimas de este párrafo.*

1. Aquel que ha de usucapir, debe ante todo poseer; pues sin la posecion, dice el jurisconsulto, que la usucapion no puede tener lugar, *l.* 25. *h. t.* Solo se entiende poseer en este título aquel que tiene la cosa como á dueño; por lo que, no se comprenden aqui aquellos que poseen en nombre de otro, como el usufructuario, el acreedor, el colono, el comodatario, ni el depositario, *l. non solum* 35. §. *qui pignori* 4. *h. t. l. pen* §. 2. *qui satisd. cog.* §. 4. *infr. per quas pers.* §. *possidere* 5. *inf. de interd.*; ni tampoco el secuestrador, en quien se ha depositado la posesion, ni aquel á quien esta se ha entregado, para que despues la restituya, aunque estos realmente poseen, *l. licet.* 17. §. 1. *de pos. l. si quis* 17. *in fin. de acq. poss.* Con todo, no pueden considerarse como á poseedores para los efectos de la usucapion, pues que no tienen la cosa como á suya ni como á dueños (a).

2. Debe tambien poseer durante todo el tiempo prescrito por la ley; esto es, las cosas muebles por 3 años y las inmuebles por 10 ó 20, y estos continuados, sin interrupcion ninguna. Así es, que muy bien define Modestino la usucapion diciendo ser, la adquisicion del dominio por la continuacion de la posesion durante el tiempo prescrito por la ley, *l.* 3. *h. t.* Acerca de la computacion del tiempo debe observarse que no se cuenta de momento á momento, sino que el dia último empezado se considera por cumplido, *l.* 6. *eod*

3. Interrúmpese la posesion de dos maneras: ó naturalmente, cuando uno es arrojado á la fuerza de la posesion, ó se le arrebata la cosa (b), *l.* 5. *eod. l.* 15. *de acq. poss.*; ó civilmente por medio de la litis contestacion (c). Dícese que por esta se interrumpe civilmente la posesion, porque despues de la litis contestacion no dejamos de poseer verdadera y naturalmente, y completamos la usucapion, *l.* 2. *pro donat. l.* 2. *ult. pro empt.*; pero completada esta durante el pleito no aprovecha al poseedor vencido para los efectos del derecho, sino que está obligado á restituir la cosa lo mismo que si no la hubiese usucapido, *l. si post.* 18. *de rei vin.* El efecto de la interrupcion natural fué que si uno recuperaba despues la posesion que habia perdido, el tiempo que antes la habia poseido no le aprovechaba para la usucapion ó prescripcion, sino que debia empezar á contarlo de nuevo, desde que la recobró (d) y por lo tanto tambien por lo que hace á la buena fé del poseedor debia mirarse al tiempo en que se recobró la posesion, *l.* 15. §. 2. *h. t. l.* 7. §. *qui bona* 4. *pro empt.* Nada se ha mudado de este derecho. Por la litis contestacion no se interrumpe la posesion, sino que segun dije si era vencido el poseedor se hacia ineficaz; pero en caso contrario valia; mas en cuanto á la posesion de largo tiempo como que era de hecho se interrum-

(a) L. 1. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.
(b) L. 29. tit. 29. P. 3.
(c) D. l. 29. vers. *Otrosi.*
(d) D. l. 29. al princ.

pia plenamente por el pleito y desde este no era de momento ninguno, aunque hubiese poseido todo el tiempo prescrito, *l.* 2. *l.* 5. *l. nec bona* 10. *C. de long. temp. præsc. l. nemo* 10. *C. de acq. poss.*; pero esta diferencia se quitó por la *l. pen. y ult. C. de anna. exc. l. un. C. de usuc. transfor.* ¿La mala fé, empero, que tenia lugar posteriormente y que no impedia de modo ninguno la usucapion, *l. bonæ* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* impedia la prescripcion de largo tiempo? Así lo afirma Cujacio en *d. l.* 2. §. *ult. pro empt.*; pero esto no se encuentra establecido en ninguna parte, y ya la antigua usucapion, ya tambien la justiniánea que no se interrumpen por la mala fé posterior, *d. l. un. C. de usuc. transform.*, aunque se interrumpen plenamente por la litis contestacion, y por lo tanto por entablar la demanda, como expresamente se halla dispuesto en la *l. pen. et ult. C. de annal. except.* (a), prueban que no fueron los mismos los efectos del conocimiento que despues se tenia de que la cosa era agena, que los de la litis contestacion. Por lo tanto, la usucapion nueva tiene de menos que la antigua el que se interrumpe plenamente por los modos dichos.

4. Cuando exijimos la posesion continuada, no exijimos precisamente que sea una misma persona la que posea sin interrupcion la cosa durante todo el tiempo prescrito por la ley, sino que está recibido que para completar la usucapion y prescripcion de largo tiempo aproveche tambien la posesion agena (b); lo que se ha concedido, aunque de diferente manera, como veremos luego, tanto al sucesor singular, por ejemplo, el comprador, ó donatario, como al sucesor universal, por ejemplo, al heredero ó poseedor de bienes, *hoc text. et* §. *seq. leg.* 14. *eod. l.* 2. §. *si defunctus.* 19. *et seq. pro empt. l. Pomponius* 15. §. 1. *et seq. de acquir. poss. l. de accessionibus* 14. *de div. temp. præsc.*

5. *Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit*). Esto hace referencia, no á cualquier sucesor, sino tan solo al universal, como un heredero, poseedor de bienes. Dos cosas se dicen aquí: la una que la posesion legítima del difunto aprovecha al heredero, aun cuando este sepa que la cosa es ajena, lo que tambien se dice en la *l. hæres* 43. *h. t. l.* 2. §. *si de functus* 19: *pro emp.*; y la otra que la posesion de mala fé del difunto no aprovecha al heredero, aunque este ignore que la cosa era agena, *l. cum hæres* 11. *de div. temp. præsc. l. vitia* 11. *C. de acq. poss.* Entrambas cosas se fundan en la misma razon; á saber, en que el heredero hace las veces del difunto, y se considera una misma persona con este. Sentado esto, la cualidad de la posesion debe considerarse tan solo por la persona del difunto, para ver si le aprovecha al heredero ó no; aprovechándole en el caso en que el difunto hubiere tenido buena fé, aunque él no la tenga; y perjudicándole en el en que aquel la hubiere tenido mala, aunque él la tenga buena; considerándose todo del mismo modo que si el difunto mismo poseyere aun la cosa. Así es que el heredero sucede no solo en las virtudes, si que tambien en los vicios del difunto, sin que pueda librarse de esto por la ignorancia, segun dice Papiniano, *d. l.* 11. *de div. temp. præsc. et imp. d. l.* 21. *C. de acq. poss.* *Los vicios de las posesiones,* dice, *contraidos por los causantes duran y siguen al sucesor.* De lo que deducimos tambien que se equivocan aquellos que piensan que el heredero que no quiere aprovecharse de la posesion del difunto puede empezar por sí mismo y completar la usucapion y la prescripcion durante el tiempo señalado; puesto que esto solo puede hacerlo el poseedor singular como diremos despues. En nada favorece esta opinion la *l. pen. pro hæred.*; pues no negamos que en algun caso pueda el heredero usucapir lo que no pudo el difunto; solo decimos que no puede usucapir aquello que el difunto poseyó viciosamente. Por ejemplo: puede el heredero, segun el parecer de muchos antiguos, usucapir una cosa que cree es hereditaria no siéndolo, y que el difunto tenia en comodato, en prenda ó en depósito; y de este modo debe explicarse *d. l. pen.*; por cuanto en este caso no hay nada de la persona del difunto que obste al heredero ni le impida, como á tal, usucapir la cosa, aunque haya algunos, y entre ellos Bacovio, que ni aun en este caso creen tiene lugar la usucapion como heredero segun la *l.* 2. *et ult. C. pro hær. leg.* 4. *C. de præsc. long. temp.* Mas si admitimos esto deberán borrarse los títulos *de usuc. pro hærede,* pudiendo *dd. ll.* 2. *et ult.* entenderse comodamente de aquellos que piensan falsamente que son herederos, *d. l. ult. et d. leg.* 4. y tambien del heredero verdadero, pero que poseyendo la cosa en virtud de un título no idóneo para la usucapion, trata con todo de mudar la causa de posesion; y fingiendo que aquella cosa es hereditaria usucapirla como heredero, que es el ejemplo que se propone en *d. l.* 2. §. 1. *pro hærede.* VINN. Qué cosa sea el título *pro hærede* aparece por

(a) D. l. 29. vers. *Otrosí.*
(b) L. 16. tit. 29. P. 3.

las palabras de Pomponio *l. pen. ff. pro hæred. Muchos pensaron que si somos herederos y pensamos que alguna cosa pertenece á la herencia no perteneciendo á ella, podemos usucapirla*. Asi pues, debe suponerse un caso en que el heredero posea sin mala fé, ni suya ni del difunto, una cosa agena. Semejante ejemplo se encuentra en Pagenstechero *in admonitor. ad pand. part.* 6. §. 160. si una oveja de Ticio se mezclare con el rebaño del difunto Mevio, ignorándolo este. HEIN.

6. *Quod nostra constitutió similiter et in usucapionibus*). Wesembecio insiguiendo la autoridad de Cujacio muda este verso, creyendo que no está en su lugar y que debió ponerse despues del §. siguiente, á causa de que Justiniano en su constitucion *l. un. C. de usuc. transf.* no dispuso nada acerca de la continuacion de la posesion del difunto y del heredero, sino que tan solo hizo extensivo á la usucapion (en la que antiguamente el sucesor singular á causa de la brevedad del tiempo no se aprovechaba de la posesion de su causante, segun la *l. si ædes* 52. §. 1. *de ser. præd. urb.*) lo que segun el rescripto de Severo y Antonino solo tenia lugar en la prescripcion de largo tiempo: á saber, que se unieran los tiempos del comprador y vendedor. Mas en esto no puedo conformarme con el parecer de Cujacio, pues en la *l. id tempus h. t.*, se dice expresamente que aprovecha al comprador y al legatario el tiempo que poseyeron el vendedor y testador, esto es, que les aprovecha para la usucapion de la cual se trata de propósito en este título. Del mismo modo Ulpiano en la *l. Pomponius* 13. §. 1. *et seq. de acq. poss.*, disputando difusamente acerca la continuacion del tiempo, por la que el poseedor posterior se aprovecha de la posesion de su causante, no hizo mencion en toda aquella cuestion de que hubiese ninguna diferencia en esta parte entre la usucapion y la prescripcion de largo tiempo. Y además, con clarísimas palabras dice Paulo, que aprovecha al comprador para la usucapion la posesion del vendedor, *l.* 2. §. *pen. pro empt.*; y Scévola que tambien el comprador del siervo se aprovecha de la posesion del vendedor, *l. in accessionibus* 12. §. 2. *de div. temp. præsc.*; y es sabido que las cosas muebles se usucapian antes en todas partes por un año. Ni es absurdo que en tan corto tiempo por un periodo igual se adquiera la cosa por la posesion unida de dos, pues que con la de uno, y aun con la de entrambos se hace mejor la condicion del dueño; por cuanto tanto en el sucesor que quiere aprovecharse del tiempo de su causante, como en este se exije la buena fé, al paso que la mala fé que sobreviene en la usucapion de uno solo no la impide. Con todo, imputar todo esto á Triboniano es una grande temeridad, ni en *d. l. si ædes* 52. §. 1. *de serv. pred. urb.* se trata del comprador ó de otro á quien se ha transferido la posesion por justa causa, en cuyo caso tiene lugar la union de los tiempos; sino de aquel que interrumpida la usucapion, á causa de que ha dejado simplemente de poseer la cosa, empieza despues á poseerla de nuevo. ¿Cómo, pues, sostendremos lo que dice Justiniano de la union de los tiempos que él introdujo en las usucapiones, á semejanza de las largas posesiones? Hotomano piensa que toda esta cuestion, antes de Justiniano en nada se referia á la usucapion, sino tan solo á la prescripcion de largo tiempo y que ni al mismo heredero aprovechó el tiempo del difunto para la usucapion, sino que esto se dispuso por primera vez en la constitucion de Justiniano, siendo esto lo que en este lugar quiere dar á entender el Emperador. Mas todos los lugares que hemos citado hace poco manifiestan la falsedad de esta opinion; y aun mas, acerca del heredero ya antes se observaba que ni la mala fé del mismo impidiera la continuacion del tiempo en la usucapion, *l. hæres* 43. *h. t. l.* 2. §. *si defunctus* 19. *pro emp.*, teniendo esto lugar sin duda ninguna tambien en la usucapion de las cosas muebles, pues que la simple mala fé del heredero no hace la cosa furtiva, mas de lo que la haria la del difunto antes de completar la usucapion. Por todo esto, pues, pienso que Justiniano, á no ser que falsamente se atribuyese alguna cosa, no quiso significar mas con estas palabras: *Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus, etc.*, sino que en la usucapion que él habia reformado no innovaba nada, por lo que hacia á la continuacion del tiempo entre el difunto y el heredero, sino que queria que se observase tambien en su usucapion y en la de las cosas muebles lo mismo que antes se observaba y principalmente en la posesion de largo tiempo en la que tenia mas frecuentemente lugar, á causa del mayor período del mismo. No hizo expresa mencion del difunto, ni del heredero, sino tan solo en general del causante y del sucesor, lo que basta para retener este versículo en su lugar. Asi con corta diferencia piensa tambien Caro Annibal Fabroto *in not. ad Theoph.* y de aquí aparece tambien que abusan de este texto aquellos doctores que lo aducen para probar que solo tiene lugar la usucapion en las cosas muebles.

«En España la posesion del difunto no «aprovecha al heredero para la usucapion, «sino en el caso en que este hubiere tenido «buena fé segun acerca del sucesor singular «observaban los Romanos, como veremos «luego en el próximo párrafo. Así pues, «no hay entre nosotros diferencia ninguna «entre el sucesor universal y el singular re- «quiriéndose en entrambos la buena fé. Véa- «se lo que notamos mas arriba al principio «de este título.»

«Por la misma razon sucederá en Catalu- «ña otro tanto, en atencion á que por dere- «cho canónico se requiere la buena fé, con- «tinuada hasta que se haya completado la «usucapion.»

TEXTO.

8. Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora, Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

TRADUCCION.

Los emperadores Severo y Antonino dispusieron que el comprador continuase la usucapion empezada por el vendedor (a).

NOTAS

8. *Venditorem et emptorem*). Lo propio que cualquier otro sucesor singular, *l.* 15. §. 10. *et seq. de acq. poss. l.* 5. *l.* 14. *de div. præsc.*

Conjungi tempora). Con tal, empero, que los dos tuviesen buena fé: véase mas latamente en el comentario.

COMENTARIO.

1. *Cuándo el sucesor singular puede aprovecharse del tiempo de su causante?*
2. *El vicio del causante no perjudica ni aprovecha al sucesor singular*

En el párrafo precedente hemos dicho que el sucesor universal se aprovechaba del tiempo de su primitivo poseedor: aquí se trata del mismo efecto entre el vendedor y el comprador, aunque este derecho tambien pertenece á todos los demás que recibieron la cosa por cualquier título singular aun cuando fuese lucrativo; por ejemplo, por donacion ó legado *l. id. tempus* 14. *pr. et.* §. 1. 4. *t. l. Pomponius* 13. §. *sed et* 10. *et seq. de acq. poss. l.* 5. *l. in accessionibus* 24. §. 1. *de div. temp. præsc.* Dícese aquí vulgarmente que el comprador se aprovecha del tiempo del vendedor; ¿pero sucede esto del mismo modo que entre el difunto y su heredero? No por cierto; sino que solo es así en el caso en que entrambos hubieren tenido buena fé al recibir la cosa. Por lo tanto, si el comprador no hubiese al principio de poseerla tenido esta circunstancia, aunque la hubiese tenido el vendedor no se aprovechará del tiempo de este, contra lo que piensa Hotomano; pues está dispuesto que á una posesion viciosa ó de mala fé no puede unirse nunca ninguna otra, aunque sea lejítima, *d. l. Pomponius* 13. *in fin.* Otra cosa, empero, sucede en el sucesor universal, como hemos visto latamente en el párrafo anterior. Por el contrario, tampoco la posesion viciosa del vendedor aprovecha á la lejítima del comprador, sino que aquel que quiere aprovecharse del tiempo de su causante debe hacerlo con todos sus vicios, *d. l. Pomponius* 16. §. 1.; esto es, considerándose de la misma condicion y segun el mismo derecho que seria considerado su autor. Además, está tambien dispuesto que una posesion viciosa no pueda agregarse á la de aquel que la tiene lejítima, *d. l. Pomponius* 13. *in fin.* Con todo, no perjudicará al sucesor el que su causante que habia empezado con buena fé la usucapion hubiese despues sabido que la cosa era agena antes de enagenarla, por cuanto si esto no se hubiese verificado él mismo la habria podido usucapir.

2. ¿Qué sucederá, empero, si el sucesor no quiere aprovecharse del tiempo de su causante, sino que tan solo quisiere empezar á contarlo desde su posesion? ¿por ventura le perjudicará tambien en este caso la mala fé de este? En un caso semejante, del mismo modo que la mala fé del causante no aprovecha al sucesor si quiere contar el tiempo de aquel, así tampoco le perjudica si no quiere contarlo; pues el sucesor puede usucapir por sí lo que el causante no pudo, *d. l.* 5. *de div. temp. præsc. l.* 4. §. *de auctoris* 27. *de dol. exc. l.* 4. *C. de rei vind.* Con todo, esto en parte se ha correjido y limitado con la distincion que se encuentra en la auténtica *malæ fidei C. de præsc. long. temp.* Otra diferencia se encuentra tambien, con respecto á esto, en el heredero á quien la mala fé del difunto perjudica, aunque no quiera aprovecharse de la posesion de este, puesto que sucede tanto en los vicios como en las virtudes del difunto; y se considera una sola persona en union con este, *l. cum hæres* 11. *de div. temp. præsc.* §. *præced.* Adviértase, empero, que hablamos del vicio inherente á la persona del poseedor, pues aquel que vá inherente á la cosa, por ejemplo, si fuese furtiva ó poseida á la fuerza, generalmente

(a) 16. tit. 29. P. 3.

perjudica á todos los sucesores, §. *novissime sup. l. ubi 24. eod. l. 7. C. pro empt.* Añádase tambien que si durante el tiempo intermedio poseyere otro la cosa se habrá interrumpido la continuacion de la posesion; y en esto se asemejan los compradores á los sucesores universales, *d. l. Pomponius 13. §. quæsitum 4. de acquir. possess. l. possessio 20. h. t.*

TEXTO.

De his qui à fisco, aut imp. Augustæve domo aliquid acceperunt.

9. Edicto divi Marci cavetur, eum, qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis, qui à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid, ut ipsi quidem securi statim fiant, et victores existant, sive experiantur, sive conveniantur: adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint, sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui à nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.

TRADUCCION.

De aquellos que recibieron alguna cosa del fisco ó de los bienes del emperador ó emperatriz.

Por el edicto del emperador Marco se dispone que aquel que compra una cosa agena del fisco pueda repeler al dueño de la cosa por medio de excepcion si despues de la venta han transcurrido cinco años. La constitucion de Cenon de gloriosa memoria, miró por aquellos que por venta, donacion ú otro título reciben algo del fisco, para que desde luego queden seguros y salgan vencedores, ya sean convenidos, ya demandantes. Y aquellos que pensasen les compete alguna accion por el dominio ó hipoteca contra aquellas cosas que se han enagenado pueden intentarla contra el erario imperial dentro de cuatro años (a). Mas nuestra soberana constitucion que promulgamos poco há dispuso tambien acerca de aquellos que recibieron algo de nuestros bienes ó de los de la venerable emperatriz, lo propio que acerca de las enagenaciones del fisco se dispone en la citada constitucion de Cenon.

NOTAS.

9. *Constitutio Zenonis*). *L. 2. C. de quadr. præsc.* Háse concedido este privilegio al fisco para que con mas facilidad encontrase compradores en sus subastas. Wes.

COMENTARIO.

1. *Despues de abolida la república, se llamó aun por largo tiempo* erario *al tesoro público, ó del imperio, y* fisco *al particular del príncipe, aunque despues se emplearon indistintamente estas dos palabras.*

2. *La prescripcion de 4 años fiscal fué desconocida por derecho antiguo, y reprobada por los Cánones, y entre muchas naciones no está en uso.*

Si post venditionem quinquennium). Hácese mencion de este edicto del emperador Marco en la *l. ult. C. si adv. fisc.* En esta prescripcion de cinco años no se hizo distincion ninguna entre si tenia buena ó mala fé aquel que recibió alguna cosa del fisco, segun puede deducirse de que si así no fuese hubiera sido mejor la condicion de aquel que habria comprado de un particular que no la del que lo hubiese verificado del fisco, puesto que aquel que compraba una cosa con buena fé de un particular, á lo mas necesitaba dos años para usucapirla.

Constitutio Zenonis). Esta constitucion es la *l. 2. C. de quadrien. præsc.* Antiguamente, aquellos que habian comprado una cosa agena del fisco estaban libres al cabo de cinco años; pero aqui lo están desde luego segun la constitucion de Cenon, ya sean convenidos, ya habiendo perdido la cosa sean demandantes. El fisco, empero, que enagena una cosa de otro ú obligada en prenda á otro, tiene la prescripcion de 4 años en caso que despues de este tiempo sea reconvenido por el dueño ó acreedor hipotecario, *d. l. 2.*; lo que parece haberse dispuesto así para que el fisco encuentre con mayor facilidad compradores, y tambien para que no se rescinda la venta hecha con autoridad pública; aunque á decir verdad es duro é injusto para el dueño ó acreedor el quitarle desde luego el derecho de vindicar ó perseguir una cosa suya, ó que les está obligada, y oponerle un adversario tan poderoso.

1. *Sacratissimum ærarium*). En este párrafo se llama expresamente al fisco erario del príncipe como tambien en la *l. 2. et 3. C. de quadr. præsc.* No tiene razon Hotomano de reprender por esta causa á Triboniano, pues es falso lo que dice que el erario lo formen las cosas privadas del príncipe, de las que consta el patrimonio del mismo, y el fisco todas las otras, que se llaman á cada paso liberalidades imperiales, y tesoros del imperio, y que esta diferencia se encuentre observada cuidadosamente en dichas leyes. Sabemos que los romanos llaman erario al lugar en que se depositaba el dinero público,

cuyo lugar fué el templo de Saturno en el que se reunia el Senado, segun á cada paso lo atestigua Livio y otros escritores. Tambien se llama erario público el mismo dinero por metonimia, Ciceron, 3. *Tusc. c.* 20. dice: *Ciertamente Cayo Graco, á pesar de que habia hecho muchas prodigalidades y disipado el erario, con todo con sus palabras lo defendia.* El mismo autor en *Attic. l.* 6. *p.* 1. dice: *Ariobarzanes no tenia ningun erario, ninguna contribucion.* Es cierto tambien que despues de abolida la república continuó aun por mucho tiempo llamándose erario el tesoro público, ó sea el del imperio, separado del fisco, y que se llamó de este último modo el tesoro propio y privado del emperador, el que lo formaban los bienes de los condenados, los caducos, los vacantes y otros, que no teniendo dueño se adjudicaban al príncipe. Plinio en el panegírico de Trajano dice: *¿Por ventura no reprimes con la misma severidad al fisco que al erario? Y aun con tanta mayor cuanto que crees serte lícito mas con respecto á tus bienes que con respecto á los del público.* Y poco despues añade: *Tu principal gloria consiste en que muchas veces es vencido el fisco, quien nunca tiene mala causa sino bajo un buen príncipe.* Ulpiano *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. publ.* dice: *las cosas fiscales son casi propias y particulares del príncipe.* De ahí es que el fisco se considera lo mismo que los bienes del príncipe y de los particulares, *l. pen. C. de edend. l.* 2. *C. de priv. fisc.* Con el tiempo, empero, no se observó esta distincion entre el erario y el fisco, empleándose indistintamente entrambas voces, y reconociéndose tan solo bajo los príncipes griegos una diferencia entre el fisco y los bienes patrimoniales del príncipe como lo manifiesta claramente este párrafo y la *l. ult. C. quadrien. præsc.*, de la que está sacado. La diferencia que habia entre las cosas fiscales y patrimoniales era que aunque entrambas eran del príncipe, aquellas lo eran como á tales y por lo tanto públicas; y estas eran propias del individuo, como de Cenon, de Justiniano, y por lo tanto privadas; de donde vino el llamarse mayordomos de las cosas privadas aquellos á quienes se encomendaba el cuidado de estas cosas, *tit. C. de off. cont. rer. priv.*; á los que antes se daba el nombre de procuradores del patrimonio, *l. cum servus.* 39. §. *ult. de legat.* 1. Con todo, la palabra erario se emplea algunas veces mas latamente comprendiendo en ella las cosas privadas del príncipe, como cuando en la *l. un. C. de qu. el magistr. offic. lib.* 12. se dice mayordomos de entrambos erarios; esto es, del imperial ó fiscal y del privado. Aquel que estaba encagado del fisco se llamaba limosnero mayor del príncipe, segun se vé en la *l.* 3. *C. ubi senat. vel clariss. l.* 2. *C. ut. dign. ord. serv. lib.* 11.

2. *Nostra autem divina constitutio*). Habla aquí de la *l. ult. C. de quadrien. præsc.* en cuya constitucion hace extensivo al patrimonio privado del príncipe lo que Cenon habia establecido con respecto al fisco, de modo que el comprador de las cosas patrimoniales esté seguro desde luego y excluya al dueño con la prescripcion de cuatro años. La razon en que fundó esta constitucion es que considerándose todas las cosas propias del príncipe, ya sean fiscales, ya particulares del César, no debe haber diferencia alguna por lo que hace á la enagenacion de dichas cosas. Con todo, no debe seguirse la opinion de aquellos que de aquí colijen que absolutamente todos los bienes, aun los de los súbditos, son propios del príncipe. Por la misma constitucion se concede igual privilegio á la serenísima emperatriz. Este derecho y esta prescripcion fiscal fueron desconocidos entre los antiguos como se deduce de la *l. nec ullam.* 13. §. *item si quis* 9. *de hœr. pet.* El derecho canónico la reprueba, *c. placuit* 16. *q.* 3.

« En Cataluña nos conformamos en esta materia de prescripciones con el derecho romano excepto en algunos casos peculiares que pueden verse en el *tit.* 2. *lib.* 7. *vol.* 1. de *las const. de Cataluña.* Además, tenemos tambien el célebre Usage *Omnes causæ* segun el cual en 30 años se prescriben por lo general todas las cosas. Así es que actualmente es desconocida en este antiguo principado la prescripcion de 10 ó 20 años. Fontan. *claus.* 3. *glos.* 3. *part.* 3. *num.* 87. y Vives *t. l. pag.* 378. *y* 3. *pag.* 2. *y sig.* »

TÍTULO SÉPTIMO.

De las donaciones.

CONC. CON EL DIG. LIB. 39. TIT. 5. Y 6. CON EL COD. LIB. 8. TIT. 54. Y CON LA NOV. 162. (a)

1. *La donacion entre vivos pertenece á los modos de adquirir por derecho de gentes.*
2. *Si la donacion es un modo de adquirir ó un título?*
3. *Orden de este título.*

1. Está fuera de duda que la usucapion, de la que se ha tratado en el título anterior es un modo de adquirir por derecho civil; pero si igualmente lo es la donacion es cuestionable. Y á la verdad, la absoluta donacion entre vivos que se perfecciona por la tradicion, y es la principal especie de donacion no creo que haya nadie tan insensato que quiera considerarla de derecho civil; ¿ pues qué es lo que tiene de este derecho que se refiera á su forma ó perfeccion? ¿y qué cosa hay mas natural al hombre que hacer bien á sus semejantes? Naturalmente estamos inclinados á la liberalidad, segun lo atestigua Ciceron *in Lœl.* y Sen. *in lib. de benef.* Antiguamente se creia que el único destino de la divinidad era hacer bien á los mortales, acerca de lo cual habla nuestro Desiderio *in Chiliad*. Agréguese á esto que nada hay mas conforme á la razon natural que el tener por válida la voluntad del dueño que quiere transferir á otro su cosa. Demóstenes *advers. Leptin*; ya lo haga esto por liberalidad, ya por otra causa, segun el mismo Justiniano; §. *per traditionem* 40. *sup. de rer. div.*, en donde expresamente cuenta la donacion entre los modos de adquirir por derecho de gentes. ¿Diremos por ventura que entre los chinos y los japoneses no hay liberalidad ninguna, ni está en uso la donacion? Mas tal vez se diga que la ley Cincia prohibe donar mas allá de cierta cantidad y que actualmente la donacion que excede la suma de quinientos sueldos debe insinuarse; ¿pero qué se sigue de aquí? La ley Fusia Caninia prohibió tambien que se manumitieran mas allá de cierto número de esclavos. ¿Diremos por esto que la manumision es de derecho civil? Hase prohibido la enagenacion de ciertas cosas: ¿deduciráse de ahí que la compra y venta no es un contrato de derecho de gentes, sino de derecho civil? Con todo, proviniendo de esto la necesidad de insinuar las donaciones que exceden de la referida suma, consideran que semejantes donaciones, cómo que ya no se perfeccionan por la sola voluntad y tradicion del donante, pueden referirse entre los modos civiles de adquirir, *arg. l.* 6. *de just. et jur.*, con tal empero que no se consideren de mero derecho civil sino mixto, como que tienen una principal parte del natural; pero todas las demás que no exceden la cantidad prefijada subsisten siendo de derecho meramente natural ó de gentes. ¿Cómo pues defenderemos el método que ha seguido aquí Justiniano? Diciendo que el emperador se propuso tratar de las donaciones impropias; esto es, de las hechas por causa de muerte y *propter nuptias*, las que no malamente se refieren al derecho civil, como luego se verá. Manifiéstalo esto tambien el mismo órden del tratado que empieza por la donacion por causa de muerte; cuando sino fuese como decimos debió en primer lugar tratarse de la donacion verdadera y absoluta, como se hizo en las Pandectas y el Código.

2. Ocurre aquí otra duda; á saber, si la donacion es un modo de adquirir el dominio, ó tan solo un título como la compra, permuta ó dote; pues la razon del método exije que digamos que es un modo de adquirir; pero *d.* §. *per traditionem* 40 *de. rer. div.* prueba por el contrario que es tan solo un título. Con todo, no es esto difícil de conciliar, pues la palabra donacion se toma en dos sentidos: ó bien propiamente por la misma donacion cuando por liberalidad entregamos á alguno alguna cosa, y por la tradicion la transferimos al que la recibe, de modo que á la vez comprenda la causa de entregar y la misma entrega: pues nadie se considera que dona propiamente sino aquel que entrega, y por esta razon el jurisconsulto emplea indistintamente las palabras donar y dar, *l.* 1. *h. t.* y la donacion se llama así como una cuasi d[illegible]acion del don, *l. senatus* 55. §. 1. *de mort. caus. don.*, y por esto tambien Papiniano, *l.* 23. *de donat. int. vir. et ux.* distingue la donacion de la estipulacion hecha por causa de la misma. O bien por metonimia se toma la donacion por la convencion, cuando uno promete dar una

(a) Tit. 4. P. 5. tit 7. lib. 10. Nov. Rec.

cosa por causa de donacion, *l.* 2. *l.* 12. *l. eum qui* 22. *eod.* Tomada del primer modo la donacion es un modo de adquirir el dominio; pero del segundo no produce dominio, sino tan solo obligacion; considerándose como á contrato y título, *d. l.* 22. Muchos se empeñan en presentar esto como un punto muy difícil. VINN. No sé si nuestro autor ha aclarado bastante la cosa. Mi opinion es que Triboniano aquí siguió sin duda el órden de Cayo, en cuyo tiempo la donacion era un modo de adquirir el dominio por derecho civil, pues que entonces segun la ley Cincia no valia la donacion á no ser que hubiese intervenido la mancipacion solemne y la tradicion, Fr. Brummer en la *l. Cinc. c.* 13.: véase la *novela* 162. *c.* 1. Posteriormente Antonino Pio quiso que bastase la nuda voluntad en las donaciones entre padres é hijos, *l.* 3. *C. eod. de don.* y Antonino Caracalla dispuso lo mismo respecto de las donaciones entre los cónyuges, *l.* 32. §. 1. *ff. de don. int. vir. et uxor.* Constantino el Grande quiso posteriormente que pudiesen las donaciones hacerse por escrito, con tal que despues subsiguiese la tradicion corporal, *l.* 1. *C. Th. de don.* Teodosio remitió estas escrituras y Valentiniano tambien, pero de modo que se presentasen otros documentos idóneos, *l.* 29. *C. de donat.* Finalmente, Justiniano mandó que valiese la nuda promesa, *l.* 35. *et* 37. *C. de donat.* De la concisa historia de este derecho se vé que muy bien Cayo ó cualquier otro á quien siguió Triboniano, contó la donacion entre los modos civiles de adquirir por la necesaria mancipacion y tradicion que en la donacion habia; pero malamente pensó Triboniano poder conservar este método, porque á lo menos una especie de donacion, á saber la hecha por causa de muerte puede referirse aquí: véase á Averanio *interpret. lib.* 1. *c.* 29. HEIN.

5. Al principio de este título se pone la division de la donacion: luego se explican sus especies, aunque no todas, sino tan solo tres en este órden: primero, se trata de la donacion por causa de muerte; luego de la donacion simple entre vivos; y finalmente de la hecha por causa de nupcias, poniéndose al último un modo antiguo de adquirir civilmente por causa lucrativa segun derecho de acrecer.

TEXTO.

De donatione.

Est et aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera mortis causa, et non mortis causa.

TRADUCCION.

De la donacion.

Hay otro modo de adquirir; á saber, la donacion (a) *Dos especies hay de donaciones; esto es, las hechas por causa de muerte* (b), *y, las que no han sido hechas por esta causa* (c).

NOTAS.

Rubr. Donationibus). La donacion es ó tiene lugar cuando se dá alguna cosa sin obligacion ninguna, *l.* 29. *h. t.*

Acquisitionibus). Esto es, de adquisicion civil, como lo exije el método; pero á ella tan solo deben referirse las donaciones impropias; á saber, las hechas por causa de muerte y de nupcias, de las que se trata principalmente en este título, y no la donacion entre vivos, pues que la facultad de dar sus cosas á cualquiera, es de derecho de gentes, §. 40. *sup. de rer. div.* Demóstenes *adv. Lepti.*

Donatio). La donacion propiamente es la dacion de un don, *l.* 1. *D. h. t. l.* 35. §. 1. *de mort. caus. don.*; y es un modo de adquirir; puesto que comprende á la vez la causa de entregar y la misma tradicion. Cuando, empero, se toma por la convencion solo se considera como causa ó título, §. 40. *sup. de rer. div.*

Duo genera). Pero entrambos generos se dividen en varias especies, *l.* 8. *D. h. t. l.* 2. *D. de mort. caus. don.*

COMENTARIO.

Mas exacta tal vez hubiera sido la division si hubiese dicho que la donacion se dividia en propia é impropia, *l. h.* 1. *t.*; pues que la donacion es del género de aquellas cosas que no convienen igualmente á todas las especies en ellas contenidas. La donacion propia, que es la verdadera y absoluta, *l. senatus* 35. §. 2. *de motr. caus. don.* tiene lugar cuando uno por sola liberalidad dá a otro alguna cosa, de modo que desde luego se haga del que la recibe, y que en ningun caso vuelva al donante; *d. l.* 1. *et d. l. senatus* 35. §. 2. (d). De la donacion propia hay varias especies; tal es la donacion por causa de nupcias, acerca de la que hablaremos en el §. 3. de este título; tales son las donaciones que se hacen bajo cierto modo,

(a) Princ. y l. 1. tit. 4. P. 5.
(b) L. 11. d. tit.
(c) D. l. 1. y l. 1. tit. 7. lib. 10. Nov. Rec
(d) D. pr. y d. l. 1. tit. 4 P. 5.

causa ó condicion, *tit. C. de don quæ sub. modo* y vienen á convertirse en los contratos innominados, *doy para que des, para que hagas*; tal es tambien la remuneracion; todas las que segun la cualidad y cuantidad de la retribucion, se aproximan mas ó menos á la verdadera donacion. Así tambien lo que se dá por via de honorarios por el trabajo prestado y que en los hechos que suelen arrendarse se llamaria merced no se cuenta como mera donacion; pues no se considera que dona sino aquel que dá alguna cosa sin obligarle nada á ello, *l. donari* 29. *h. t.* τὸ χωρὶς ἀνάγκης διδόμενον, esto es, *dado sin obligacion*. Harmenop. *lib.* 5. *tit.* 1. Y esto es lo que dicen los doctores que la donacion remuneratoria propiamente hablando no es donacion, segun la *l. hoc jure* 19. §. 1. *l. Aquilius* 27. *eod.* Tal, finalmente, es la donacion por causa de muerte, por cuanto se extingue por cierto caso, y por lo tanto puede revocarse si el donatario se arrepintiere.

TEXTO.

De mortis causa donatione.

1. Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem, quum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit: sin autem supervixisset, is qui donavit, reciperet; vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causæ quædam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant; á nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere quàm eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quàm hæredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo:

Πειραῖ, σὺ γὰρ τῆσ ἴδμεν ὅπως ἔςαι τάδε ἔργα,
Εἴκεν ἐμέ μνηςῆρεσ ἀγήνορεσ ἐν μεγάροισι
Λάθρῃ κτείναντεσ πατρώϊα πάντα δάσονται
Α'υτὸν ἔχοντα σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε,
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τοτ' εμοι χαίροντι φέρειν πρὸσ δώματα χαίρων.

TRADUCCION.

De la donacion por causa de muerte.

La donacion por causa de muerte es aquella que se hace por temor de la muerte, cuando uno dá una cosa para que en el caso que muriere la tenga aquel que la recibió, pero si sobreviviere la recobre el donante, como tambien en el caso que se arrepintiere de la donacion, ó aquel á quien se ha donado premuriere, (a). *Todas las donaciones hechas por causa de muerte se han igualado en todo á los legados, pues siendo cuestionable entre los prudentes si deben considerarse como á donacion ó como á legado, y teniendo algunos caractéres principales de entrambos, y habiendo algunos que las referian á diferentes géneros, dispusimos que casi en todo se consideren como los legados, y así se observe como nuestra constitucion lo dispuso. En resúmen, la donacion por causa de muerte tiene lugar, cuando uno quiere tener la cosa mas bien para sí que para aquel á quien la dona; y mas para este que para su heredero. Así en Homero, Telémaco hace una donacion á Pireo de este modo:*

Del porvenir incierto, ocultos los arcanos
Están Pireo á los míseros mortales,
Si, pues, mi adversa suerte me destina
A ser infeliz presa, triste víctima,
De los pretendientes audaces, si codicia
Hasta tanto les ciega que procuren
Mi fin acelerar para partirse
De mi desdichado padre las riquezas
Ten esto para tí, pues que prefiero
Lo goce tu amistad; mas si propicio
El hado favorece mis designios,
Y con su justa muerte mi venganza
Saciar logro, entonces tú gozoso
A tu feliz amigo lo devuelves (b).

NOTAS.

1. *Mortis suspicione*). Por solo pensar en la muerte, *l.* 2. y algunas de las siguientes, *l.* 35. §. 4. *de mort. caus. don.*

Cum quis ita donat). Expresando esta circunstancia, aunque no esté en la última extremidad de la vida; pues de otro modo no se consideraria donacion por causa de muerte, sino donacion de un moribundo, *l.* 42. *in fin. eod.*

Si quid humanitùs). Con estas palabras se significa la muerte, *l.* 26. *pr. depos.*

Eam formavit). De modo que concurran cinco testigos que es el número que se exije en toda clase de últimas voluntades, excepto en el testamento, *l. ult.* §. *ult. C. de codicil.*

Quam hæredem suum). *D. l.* 1. 35. §. 4. *D. h. t.*

Apud. Homerum). *Odyss.* 17. *v.* 77. Este lugar prueba que tambien la donacion por causa de muerte por consideracion al hecho es de derecho de gentes.

COMENTARIO.

1. *De las palabras del donante es de donde debe deducirse si la donacion se ha hecho por temor á la muerte; y si*

(a) D. l. 11. tit 4. P. 5.

(b) No es mi ánimo al dar esta version de estos hermosos versos del príncipe de la epopeya otro que el de manifestar su sentido á aquellos de los lectores que ignoren el idioma griego. Semejante consideracion creo que bastará para ponerme á cubierto de toda crítica, y de toda sospecha de pedantismo

semejante temor puede tambien donarse por causa de muerte.
2. *En qué cosas se asemeja esta donacion á los legados?*
3. *En qué cosas se diferencia?*

1. *Quæ propter mortis fit suspicionem*). Cuando se dona alguna cosa por temor á la muerte, nacido de un peligro presente ó futuro, por ejemplo, si el donante tiene una grave enfermedad, ó si ha de emprender un viaje ó navegacion peligrosa, si ha de ir á la guerra, si hubiese epidemia, *l.* 2. y algunas de las siguientes, *l. senatus* 55. §. *mortis* 4. *h. t. de mort. caus. don.* Con todo, por las mismas palabras del donante deberemos conocer si la donacion ha sido hecha por temor á la muerte, pues no basta para esta donacion que un moribundo ó uno que se halla en peligro de muerte haya donado alguna cosa, si no manifiesta en sus palabras que lo ha hecho por temor á la muerte próxima, pues de otro modo no se considera donacion *mortis causa*, sino donacion de un moribundo, *l. si mortis* 29. *l. Seja* 42. *in fin. eod.* Tuld. *com. hic cap.* 4. Tambien puede donarse por causa de muerte sin temor á ningun peligro, estando sano, por solo pensar en ella, *d. l.* 2. *et d. l.* 35. §. 4. *eod.*; pero tambien en este caso ha de manifestarse expresamente para que no se tenga por una donacion simple y pura. Si Hotomano hubiese tenido esto en consideracion seguramente que se hubiese abstenido de reprender á los jurisconsultos Juliano, Ulpiano y Paulo, y no habria dicho tan lijeramente que no hay donacion ninguna por causa de muerte que no se haga por peligro de esta. Si se donaren 100 á Ticio para que se le entreguen despues de la muerte, esta donacion será entre vivos; pues el tiempo que se pone solo para diferir la solucion no pertenece á la esencia de la donacion, y por lo tanto en dicho caso no tendrá lugar la ley Falcidia como recuerdo haber respondido en cierto caso que se me consultó: véase á Faquineo, 5. *contr.* 22. y no solo puede uno donar por causa de su muerte propia, sino tambien por la de otro, por ejemplo, de un hijo, hermano ó hermana, *l.* 11. *l. mortis* 18. *h. t. de mort. caus. don. l.* 5. *C. eod.*

Quum quis ita donat). De dos maneras se hace la donacion; ó de modo que desde luego la cosa se haga del donatario; ó de suerte que esto suceda solo despues que se haya seguido la muerte, *d. l.* 2. *eod.* En el último caso tiene el donante para revocar la donacion la accion real directa, ya sea que quiera revocarla porque se ha arrepentido, ya porque se ha librado del peligro que temia, *l. si mortis* 29. *eod.* En el primero tiene la condicion *l. senatus* 35. §. 5. *eod.*, y tambien la accion real útil contra cualquier poseedor, *l. qui mortis* 30 *eod.*; y desvanecido el peligro, ó premuerto el donatario quizá tambien la real directa; como que la donacion en este caso se ha disuelto *ipso jure*, *d. l.* 29. Gomez. 2. *de resol.* 4.

Si quid humanitùs). Es decir si aconteciere alguna desgracia, *l.* 26. *pr. depos.* Los antiguos hablan de esta suerte por supersticion diciendo *si me sucediere alguna cosa* en vez de *si muriere*, *l.* 162. §. 1. *de verb. sign.*, absteniéndose de emplear la palabra muerte como de mal agüero.

Sin autem supervixisset, etc.) En tres casos se invalida la donacion por causa de muerte: si el donante se librare del peligro, lo que aquí se significa diciendo *si sobreviviere*; si se arrepintiere de la donacion, si sobreviviere al donatario, *l. mortis* 16. *d. l.* 29. *et seq. eod. l. non omnis* 19. *de reb. cred.* (a). Si se librare del peligro debe entenderse, aunque viva aun el donatario; si sobreviviere á este, aunque dure el peligro, por cuya causa se ha hecho la donacion. Con todo, si uno estando sano hubiere donado sin temor á peligro ninguno, y por solo pensar en la muerte, no creo que se invalidase la donacion si por casualidad el donante se librare de alguna enfermedad ú otro peligro en el que posteriormente cayó, puesto que subsiste la causa de donar, Suar. *in recept. tit. D. num.* 29. Tuld. *com. hic. c.* 5.

Ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia). Esto es, casi en todo; cuya partícula *casi* pone él mismo poco despues cuando hace mencion de la constitucion en la que se dispuso esto. Habla de la *l. ult. C. h. t. de mort. caus. don.*, en la que hace la donacion semejante a los legados, aunque no simplemente y en todo, sino *secundum quid*, y principalmente por lo que hace á los efectos, quedando aun grandes desemejanzas en otras muchas cosas como podremos establecerlas ciertamente, si aclaramos esto por ejemplos de entrambos géneros.

2. La donacion por causa de muerte se asemeja y conviene con los legados, 1.° En que del mismo modo que en toda voluntad postrema, que no sea testamento, se exijen cinco testigos, *l. ult.* §. *ult. C. de codicil.* así tambien en la donacion por causa de muerte, y esto para la solemnidad del acto, *l. ult. C. h. t.* 2.° En que así como los legados pueden revocarse por el testador, y que nada de lo dejado en la última voluntad va-

(a) D. 3. 11.

sino despues de la muerte del que lo deja (a), así tambien es lícito revocar esta donacion libremente, sin que se considere válida ni perfecta antes de la muerte del donante. 5.° En que así como el dominio de la cosa legada, luego despues de la muerte del testador, pasa al legatario; así tambien la cosa donada por causa de muerte, que no ha sido antes entregada, pasa al donatario luego despues de la muerte del donante, *l.* 2. *de pub. in rem. act.* Estas cosas bastan para que se cuente la donacion por causa de muerte entre los modos civiles de adquirir, siendo falso lo que la Glosa, Bartulo y Castro *l. qui mortis* 30. *h. t.* dicen y afirma segun ellos Gomez, 2. *res.* 4. *n.* 20. que el dominio de la cosa donada por causa de muerte pasa al donatario luego despues de la donacion, aun cuando no haya seguido á esta tradicion ninguna; pues, ya se compare esta donacion con los contratos, es cierto que por ningun contrato puede transferirse el dominio sin que medie la tradicion; ya se compare con los legados consta tambien que el dominio de la cosa legada solo pasa al legatario despues de la muerte del testador. 4.° En que así como puede substituirse al legatario así tambien al donatario. 5.° En que esta donacion sufre la detraccion de la ley Falcidia lo propio que los legados (b). 6.° En que tiene tambien en la donacion lugar el derecho de acrecer entre los unidos en la misma cosa, *l. un. l. hæc eadem.* 14. *C. de cad. toll.* Gomez. 1. *resol.* 10. *n.* 7. 7.° En que del mismo modo que el cónyuge puede legar al otro cónyuge, así tambien puede donarle por causa de muerte, *l.* 9. §. *ult. et ll. seq. de donat. int. vir. et ux.* 8.° Finalmente que en esta especie de donacion no se requiere la insinuacion en las actas, *l. ult. C. h. t.*

3. Diferénciase la donacion por causa de muerte de los legados. 1.° En que la donacion por causa de muerte puede hacerse de modo que en ningun caso se revoque, *l. si alienam* 13. *de mort. caus. don.* lo que sucede al contrario en los legados, *l. si quis* 22. *de legat.* 3. *l.* 4. *de adim. legat.*; aunque deba confesarse que semejante donacion por causa de muerte es de diferente naturaleza que la verdaderamente tal; y que en el efecto es una donacion entre vivos, *l. ubi ita* 27. *cod.*, como elegantemente lo demuestra Juan Decker. *diss.* 1. *n.* 40. *y sig.* 2.° En que esta donacion no pende de la adicion de la herencia como los legados, sino que se confirma por la sola muerte del donante, *l. non videtur* 32. *l.* 5. §. *qui mortis* 17. *de his quæ ut indig.* Clar. *lib.* 4. §. *donatio qu.* 5. *n.* 2. 3.° En que la donacion hecha para cada año es una, y un legado semejante es múltiplo, por lo que aquella pertenece á los herederos, pero el legado solo es puro en el primer año, y condicional en los demás, por cuanto no pasa á los herederos del legatario antes que ceda el dia, *l. senatus* 35. §. *ult. h. t. l.* 4. *de ann. legat.* 4.° En las donaciones por causa de muerte para la capacidad no se mira al tiempo de la donacion, sino al de la muerte, *l. in mortis* 22. *h. t.*, cuando en los legados debe atenderse tambien al tiempo de hacerse el testamento, §. *in extraneis* 4. *infr. de hær. qual.* 5.° En que la donacion se hace entre dos personas, y el legado no exije mas que la voluntad del testador, por lo que este puede hacerse tambien á un ausente é ignorante, pero la donacion es preciso que la haga un presente á otro que está tambien presente, *l. inter mortis* 38. *h. t.*, ó aunque ausente por mensajero ó carta, de modo que sepa que se le ha hecho la donacion y la acepte, *l.* 10 *eod.* Mantic. *de conject. ult. vol. l.* 8. *tit.* 1. *n.* 56.; aunque si uno dijere simplemente que dona una cosa á uno que está ausente y que lo ignora se sostiene la donacion por fideicomiso, segun la comun opinion de los intérpretes. Por esta causa se dice que esta donacion participa de la naturaleza de los contratos, *d. l. senatus* 35. §. 3.; de donde se sigue tambien que el hijo de familias puede con consentimiento del padre donar por causa de muerte, aunque no pueda hacer testamento, á pesar que el mismo se lo permita, *l. tam is* 25. §. 1. *eod.* Vulgarmente los doctores distinguen diciendo que esta donacion tiene la naturaleza de contrato cuando se forma; pero que en el efecto, y cuando está formada se considera como á última voluntad; mas esto no es absolutamente cierto como lo demuestra manifiestamente, ya el número de testigos y la remision de la insinuacion, ya tambien el que dicha donacion no depende de la adicion de la herencia.

Cum prudentibus ambiguum fuerat). Acostumbra Justiniano cuando establece algun derecho nuevo alegar la ambigüedad de los antiguos jurisconsultos, á pesar de que en esto muchas veces se engaña, y probablemente en este mismo párrafo; pues ningun vestigio de ambigüedad se nota en las respuestas de los jurisconsultos acerca de esto. Dicen estos lo que aquí dice Justiniano que él hizo, que las donaciones por causa de muerte se asimilaron á los legados, *l. Marcellus* 15. *l. illud,*

(a) D. l. 11. vers. *La tercera*
(b) L. 1. al fin. tit 14. P. 5

27. *eod. l. 2. de Pub. in rem. act.*; aunque quede entre estas dos cosas alguna diferencia, en lo que todos estuvieron de acuerdo, segun se vé por otros parajes, diferencia que no quitó Justiniano.

Magis se quis velit habere, etc.). Está sacado esto de Marciano, *l. eod.*; y esta es la razon porque puede revocarse la donacion por causa de muerte. En la donacion entre vivos el donante solo tiene en consideracion al donatario, y quiere mas bien que este tenga la cosa que no él mismo; pero en la donacion por causa de muerte, el que dona mira principalmente por sí, y por apego á la vida quiere mas bien recobrar la cosa que no haberla dado: en una palabra, quiere tener él la cosa mas bien que el donatario, y que este la tenga mas que su heredero, *d. l. senatus* 35. §. 2. *eod.*

Sic apud Homerum). *Odyss.* 17. *v.* 77., en donde habiendo vuelto Telémaco del viaje que habia emprendido con objeto de buscar á su padre Ulises, Pireo que le habia acompañado en él le dice que envie á buscar por medio de sus esclavos á quienes él los entregará, los vasos de oro y plata que Telémaco habia recibido de Menelao y los que Pireo habia llevado consigo, á lo que Telémaco responde de este modo: « Como que no sabemos lo que sucederá, ni si los furiosos pretendientes de mi casa me darán muerte insidiosamente, y se dividirán las riquezas paternas quiero mas bien, Pireo, que tengas tú estos vasos que no cualquier otro; pero si yo por el contrario les diere muerte, entonces alegre y gozoso me los restituirás á mí lleno de alegría. » Tambien hay un ejemplo de donacion por causa de muerte en la Alcéstides de Eurípides. Véase acerca de esta donacion á Covarruvias *rubr. de testam. p.* 5.

« En España la ley 11. *tit.* 4. *P.* 5. conformándose con el derecho romano exije « cinco testigos en las donaciones por causa « de muerte. Mas despues de publicada la ley « 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* por la « que solo se requieren tres testigos en los « testamentos nuncupativos segun explicare- « mos mas abajo en el §. *ult. tit.* 10., debe- « remos decir que dicho número de tres tes- « tigos bastará tambien en las referidas do- « naciones, ya porque las palabras de *d. l.* 11. « *ú otra postrimera voluntad* comprenden « bastante las donaciones por causa de muer- « te; ya tambien porque seria una anomalía « exijir mas solemnidades en estas donaciones « que en los testamentos; por cuya razon to- « do lo que se dispensa en estos se entiende « tambien dispensado en aquellos. »

« En Cataluña bastarán por la misma ra- « zon dos ó tres testigos; pues seria ridiculo « que en las donaciones se exigiesen cinco « testigos, siendo asi que en los testamentos « bastan dos ó tres, segun el Usage 3. *tit.* 16. « *lib.* 3. *vol* 1. *Const. de Cat.* »

TEXTO.

De simplici inter vivos donatione.

2. Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ, temerè revocari non possunt. Perficiuntur autem, quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio, eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori. Et quum retro Principum dispositionis insinuare eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum; constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed et quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minimè desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationem invenimus, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen, quòd etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est; donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus certis ex causis eas revocare: ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quamdam patiantur injuriam, vel jacturam, secundùm enumeratos in constitutione nostra modos.

TRADUCCION.

De la donacion simple entre vivos.

Hay otras donaciones que se hacen sin pensar de modo ninguno en la muerte, llamadas entre vivos; que en ningun modo se comparan á los legados, y las que si fueren perfectas no pueden sin causa revocarse. Perfecciónanse cuando el donante hubiere manifestado su voluntad por escrito ó sin escrito; y nuestra constitucion quiso que á ejemplo de la venta tuviesen en sí mismas la necesidad de la tradicion, de modo que aunque no se entreguen tengan una fuerza plenísima y perfecta, y el donante esté obligado á entregar la cosa. Y como antes las disposiciones de los Príncipes exigian que se insinuasen en las actas las donaciones mayores de doscientos sueldos, nuestra constitucion amplió esta cantidad hasta los quinientos, hasta la cual quiso que valiesen sin insinuacion, é introdujo algunas donaciones que de ningun modo exijen la insinuacion, sino que tienen en sí mismas entera firmeza. Otras muchas cosas introdujimos para el mejor cumplimiento de las donaciones, todas las que pueden verse en las constituciones que acerca de esto dimos. Con todo, debe saberse que aunque sean plenísimas estas donaciones, no obstante si aquellos á quienes se hubiere hecho el beneficio fueren ingratos, concedemos por nuestra constitucion á los do-

tuantes facultad de revocarlas por ciertas causas, á fin de que aquellos que dieren sus cosas á otros no sufran de estos ninguna injuria ó daño, segun los modos enumerados en nuestra constitucion.

NOTAS.

Perficiuntur autem). Entiéndase que se perfeccionan en primer grado, del cual nace la obligacion y la accion; pero no el dominio de la cosa que solo se adquiere por la prestacion de lo prometido.

Nostra constitutio). *L.* 35. §. *ult. C. eod.* En cuya ley concede al pacto hecho por causa de donacion por palabras de presente, como por ejemplo, *te doy cien aureos*, la misma fuerza que tiene la estipulacion, de modo que de él nace obligacion y accion contra la regla del derecho antiguo, *l.* 7. §. 4. *D. de pact.*; por lo que actualmente semejante pacto es legítimo, pues produce la condicion *ex lege*, segun la *l.* 6. *d. tit.*

Ad 500 *solidos*). Primero lo amplió hasta 300 sueldos, *l.* 34. *C. eod.*, y últimamente hasta 500, *l. pen.* §. *ult C. eod.*; pero no se entiende que la donacion que excede de la cantidad prescrita se invalida del todo, sino tan solo en la cantidad que excediere, *d. l.* 34. *Nov.* 162. *c.* 1. §. *ult.* το υπερβάλλον μη ισχύειν, es decir, lo que excediere no vale, segun se dice en la *Bas.* 47. *tit.* 1.

Nostris constitutionibus). *L.* 32. *d. l.* 34. *pr.* §. 1. *penult. et. ult. C. eod.*

Ex certis causis). Es decir, causas de una insigne ingratitud, de cuya especie se enumeran cinco en la *l. ult. C. d. t.* Algunos añaden otra, á saber, la supervencion de hijos segun la *l.* 8. *C. eod.*, á pesar de que esta constitucion solo habla del donante patrono, y del liberto donatario, ni se hace extensiva tampoco por los griegos, *Basil.* 47. *tit.* 2. Harm. 3. *tit.* 2.: véase mas latamente en el comentario.

COMENTARIO.

1. *Explícase mas plena y claramente de qué modo se perfecciona la donacion entre vivos.*
2. *Por la constitucion de Justiniano no nace obligacion de cualquier pacto hecho por causa de donacion.*
3. *Se equivocan aquellos que piensan que un simple pacto de donacion segun la constitucion de Justiniano produce una accion real.*
4. *Enumeránse las donaciones en que no se exige insinuacion.*
5. *¿Qué es lo que Justiniano introdujo para el mejor resultado de las donaciones?*
6. *Ni el heredero del donante puede revocar la donacion, ni puede tampoco revocarse de los herederos del donatario por ingratitud de este,*
7. *En la ley* si unquam 8. C. de rev. don. *se establece un derecho singular que no debe hacerse estensivo á otros casos.*

Trátase aquí de la donacion propia, la que en otras partes se dice verdadera, absoluta y mera, *l. senatus* 35. §. 2. *de mort. ca. don. l. Aquilius* 27. *h. t.*; en otras simple, *l. si filia* 20. §. *si pater* 3. *fam. erc. l. cum multæ* 20. *C. de don. ant. nupt. leg. pen.* §. 1. *C. de collat.*; en otras directa, *l. donatio* 25. *h. t. de donat.*, y en otras entre vivos como tambien aquí y en la *l. ubi ita* 27. *de mort. ca. don.* Definimos ya esta donacion al principio de este título.

Quæ non omnino comparantur legatis). Holomano, Wesembecio y Gifanio leen *omnino non*, y así tambien se encuentra en los antiguos códigos, de modo que el sentido sea que las donaciones entre vivos en ninguna manera se asemejan á los legados. y de esta manera parecen haberlo tambien leido los intérpretes griegos, pues lo traducen μηδαμῶς, es decir, de ningun modo. Y á la verdad esta donacion es enteramente desemejante de los legados, sin que convenga con ellos, ni en su naturaleza, ni en su capacidad, ni en su forma, ni en sus efectos. Con todo, Pacio para sostener el modo vulgar de leerse este párrafo, dice que el legado y la donacion convienen en que entrambos son títulos lucrativos, y modos particulares de adquirir; lo que me parece muy fútil y pueril, pues no hay cosa ninguna por desemejante que sea de otra, que en un punto ú otro no pueda compararse con ella.

Temerè revocari non possunt). La donacion por causa de muerte puede revocarse libremente, esto es, segun la voluntad del donante; fácilmente y sin justa causa, pues que es de naturaleza tal que puede revocarse; pero la donacion verdadera por su naturaleza es irrevocable. Ἡ δωρεὰ δόσις ἀναπόδοτος, es decir, la cosa donada no es restituida, segun dice Aristóteles 4. *top.* 4.; pues aunque en algunos casos pueda tambien revocarse, esto es accidentalmente y nace de un hecho del donatario que paga con una insigne injuria el beneficio que se le ha hecho, no de la intencion del donante quien dona de suerte que en ningun caso quiere recobrar la cosa, *l.* 1. *h. t. l. ubi ita.* 27. *de mort. ca. don.*; pues si hubiese sabido de antemano que el donatario habia de serle ingrato se hubiera abstenido sin duda de hacerle beneficio ninguno, y de ahí trae su origen la facultad de revocar, sobre lo cual hablaremos al fin de este párrafo.

Perficiantur autem, cum donator voluntatem suam). Podia esto decirse mas plena y claramente y con las mismas palabras. Di-

ce que la donacion entre vivos se perfecciona luego de haber declarado el donante su voluntad; pero debe añadirse y luego que el donatario la hubiese tenido por válida y aceptado; puesto que no hay donacion sin aceptacion, *l. absenti* 10. *h. t. l. hoc jure* 19. §. 2. *eod.*; por cuanto la donacion se confirma por la aceptacion y no puede considerarse dado aquello que no ha sido recibido, y muy bien dice el antiguo intérprete en aquel lugar del cómico: *la dote consiste en diez talentos*, y responde el otro, *acepto*; dice muy bien, repito, que si no hubiese dicho *acepto* no hubiera habido dote. Por la constitucion de Justiniano la donacion se perfecciona por solo el consentimiento, como la compra y venta. Así pues, no debe considerarse por perfecta antes que el donatario la hubiere aceptado exceptuando el caso comprendido en la *l.* 15. *C. de sacros. eccles.* en favor de la iglesia, pués que en toda convencion se requiere que intervenga el consentimiento mútuo. Vinn. Por estos lugares, empero, dificilmente puede probarse la necesidad de la aceptacion, pues las *l.* 10. *y l.* 9. §. 3. *ff. de don.* hablan de la aceptacion real, y el lugar de Terencio *Andr. ac.* 3. *scena* 4. *v.* 47. no se refiere al pacto de donacion, sino al contrato verbal que los antiguos llamaban diccion de la dote: véanse nuestras antigüedades romanas, *lib.* 11. *tit.* 7. §. 4. Por el contrario, el ilustre varon Jo. Pedro Ludowig, canciller de la academia de Federico y antiguamente mi cólega, manifestó en una eruditísima disertacion acerca las diferencias entre el derecho romano y germánico en la donacion y aceptacion que por ninguna ley se exijia esta aceptacion. Con todo, no puede negarse, pues esto nace de la misma naturaleza de los pactos, que conviene que entrambos consientan en una misma voluntad, lo que no puede tener lugar sino en el caso en que se acepte de palabra ó por escrito lo que se dá, principalmente no siendo siempre agradables los dones, y teniendo muchas veces lugar aquello de Severo: Οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων, esto es, *ni todas las cosas, ni siempre, ni de todos*, súplase, se han de recibir, *l.* 6. §. 3. *ff. de off. procons.* Hein. La perfeccion, empero, de que aquí se trata solo es el primer grado de ella sin que por la misma el donatario adquiera otra cosa que la obligacion y la accion, mas no el dominio de la cosa donada, pués la donacion solo se perfecciona y consuma verdadera y plenamente por la prestacion de lo prometido. Del mismo modo se dice perfeccionarse la compra luego que el comprador y vendedor hubieren convenido en el precio, §. 3. *inf. de empt. et vend.*; y es sabido que no se tiene por consumada antes que se haya entregado la cosa y satisfecho el precio. Con todo, Justiniano parece haber querido indicar en este lugar que él mismo constituyó que solo por nudo pacto produjera obligacion la donacion *l. si quis argentum* 35. *C. h. t.*, contra la regla general del derecho antiguo, *l. juris gentium* 7. §. *sed cum nulla.* 4. *de pact.* Así pues, la donacion se perfecciona por la tradicion y prestacion de la cosa donada, que es la verdadera perfeccion; y ni se dice donacion propiamente hasta tanto que se haya dado ó entregado la cosa, pues segun manifestamos al principio del título la palabra donacion propiamente significa la misma tradicion de la cosa, y puede empezar desde la misma tradicion sin que la preceda convencion ninguna, ó bien desde la convencion con la cual se dice que se perfecciona, solo en cuanto por ella el donante está tenido á entregar la cosa, y el donatario consigue una accion personal para reclamar la misma. Antiguamente solo hubo una convencion de esta especie; á saber, la estipulacion, pero Justiniano dió la misma fuerza al pacto nudo, *d. l. si quis* 35. §. *sed si quidem.* 5. *C. h. t.*; por lo que, hoy dia el pacto de la donacion es un pacto legítimo *arg. l.* 6. *de pact.*, y aquí tambien Cujacio.

2. No, empero, de cualquier pacto interpuesto por causa de donacion quiso Justiniano que naciese obligacion, sino tan solo de aquel por el que uno dice que dona con palabras de presente, no para lo futuro; por ejemplo, si dijere: *te doy cien aureos* pues se encuentran estas palabras en *d. l.* 35.; *si hubiere donado, si hiciere ó hubiere hecho una donacion de modo que entregue lo que hubiere donado.* Pero si uno prometiere con pacto que donará alguna cosa quedará subsistente el derecho antiguo sin que nazca obligacion de semejante pacto nudo, *l. præcipimus* 32. *in fin. C. de apell. l. sancimus* 27. *C. de testam.* Parlador 2. *rer. quotid.* 3. *n.* 9. Thuld. *hic. c.* 2.

3. Equivócanse manifiestamente Concio *lib.* 1. *disp.* 12. y Gudelino *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 3. cuando piensan que lo que Justiniano dispuso que la donacion se perfeccionase por solo el consentimiento nudo, producia no solo el efecto de obligar al donante á entregar la cosa que aun no hubiere entregado, sino tambien el de dar al donatario una accion real, como que hubiese por el simple pacto adquirido el dominio de la cosa; pues Justiniano no dió, ni debió dar mayor fuerza al pacto que á la estipulacion, y si esta hubiere interve-

nido deja subsistente la antigua accion *ex stipulatu*; la que siendo personal prueba que no se ha transferido el dominio: sí, empero, se hubiere omitido la estipulacion dá la condicion de la ley en dicho lugar, y mas claramente en la *Nov.* 162. *c.* 1.; y no hay condicion ninguna que no sea accion personal, §. *appellamus* 15. *inf. de act.* Finalmente el mismo Justiniano en el §. 40. *de rer. div.* confirma expresamente en el caso propuesto la regla que se dá en la *l. traditionibus*, 20. *Cod. de pact.*, de que el dominio de las cosas se transfiere, no por los nudos pactos, sino por la tradicion.

Ad exemplum venditionis). Del mismo modo que la compra y venta se perfecciona luego que se ha convenido acerca de la cosa y del precio, y que por esta convencion adquiere el comprador desde luego la accion de compra por la cual puede compeler al vendedor á entregar la cosa, *inf. de empt. et vend. in pr. et* §. 3., así tambien por la constitucion de Justiniano, desde luego que el donante, ya por escrito ó con palabras idóneas hubiere declarado que dona alguna cosa, aunque no interviniere estipulacion ninguna, aceptando el donatario se considera perfecta y eficaz la donacion, y se concede á este último la condicion de la ley por la que puede reconvenir y obligar al donante á que le entregue la cosa. Tambien del mismo modo que la compra y venta es contrato lo es el pacto de la donacion; empero si el donante está, lo propio que el vendedor, tenido precisamente á entregar la cosa, ó si se libra con la prestacion de los perjuicios no es propio de este lugar el disputarlo. Lo que sí es cierto es, que no son las mismas las obligaciones del donante que las del vendedor; pues aquel está obligado á dar la cosa, y el vendedor simplemente á entregarla: á aquel solo se le condena en lo que pueda (a); á este en el todo: este está tenido á la eviccion, mas no aquel, *l.* 18. §. *ult. h. t.* No por esto, empero, se puede decir que se comparan malamente la donacion y la venta como á semejantes entre sí, pues que en toda comparacion debe atenderse al principal objeto é intencion de aquel que la emplea, y correspondiendo á él, poco importa que las demás circunstancias sean ó no semejantes.

Insinuari actis intervenientibus volebat, etc.) La ley civil á nadie prohibe donar ó ser liberal; con todo, quiso que no toda donacion, cualquiera que fuese su suma ó cantidad, fuese válida desde luego; y con razon, pues conviene á la república que nadie disipe su patrimonio con sus larguezas, pues esto es usar mal de sus cosas y desperdiciarlas. La ley Cincia fué la primera que prescribió ciertos límites á las donaciones, habiéndose dispuesto en ella, segun escribe Ulpiano en el *tit.* 1. que no fuese licito donar mas allá de cierta cantidad, la que sin embargo no expresa, excepto en el caso que se hiciere la donacion á parientes; cuyo derecho parece que duró hasta el tiempo de Constantino, segun la *l.* 3. *C. Theod. h. t.* De aquí parece podemos deducir que la cantidad que se prefijó en la ley Cincia fué la de doscientos aureos, y que la donacion que de ella excediese debia insinuarse en las actas; esto es, consignarse en las escrituras públicas, lo que Constantino quiso que se observase tambien con respecto á los parientes, *l.* 5. *C. Theod. l. data* 37. *C. h. t.* Justiniano amplió dicha cantidad primero hasta 300, *l. sancimus* 44. *C. eod.*, y despues hasta 500 sueldos, *l. pen.* §. *ult. C. eod.*, permitiendo que hasta dicha cantidad fuese libre á cualquiera el donar aun sin insinuacion; pero que si de ella excediese no valiese la donacion, sino en el caso en que se hubiese insinuado en las actas públicas; aunque no quiso que se invalidase en el todo la donacion que excediese de la suma prescrita sin estar insinuada, sino tan solo en aquello que pasase de la cantidad prefijida por la ley, *d. l. sancimus* 34. *C. h. t. Nov.* 162. *c.* 1. §. *ult.* VINN. Muchas cosas acumula aqui el autor que no son del todo ciertas, ni exactas. Es inexacto que la cantidad que la ley Cincia prefijó á las donaciones fuese la de 200 aureos pues sabemos por Plinio que se hacian mucho mayores donaciones, *lib.* 6. *epist.* 25. *y* 32. *lib.* 7. *ep.* 14. *et alibi.* Igualmente inexacto es que Constantino, ó mas bien Constancio Cloro en la *l.* 1. *C. Th. h. t.* derogase la ley Cincia, cuando por el contrario la diera mayor rigidez, imponiéndola la necesidad de la insinuacion. El sabio Scultingio en sus notas á Ulpiano *tit.* 1. *p.* 561. dijo acerca de esto muchas cosas á mas de lo que ya habian advertido Gotofredo y Brumero. Yo advierto que el lugar de Arnobio *adv. gent. lib.* 11. *p.* 91. no debe entenderse ni de este capítulo de la ley Cincia, ni del otro que exigia en la donacion la solemnidad de la mancipacion, sino de la prohibicion de recibir dones y dádivas el patrono de las causas, lo que puesto algunas veces de nuevo en uso, empezó ya á no usarse en los tiempos de Claudio. HEIN. (b).

Usque ad quingentos solidos). Cuya suma se cree que hace dos mil quinientos carlinos

(a) L. 4. tit. 4. P. 5. vers. Mas.

(b) L. 9. tit. 4. P. 5.

de nuestra moneda, pues el sueldo que tambien se llama aureo (segun se vé en innumerables lugares, y por la comparacion de lo que sigue, *l.* 5. §. *prætor ait.* 6. *de his qui eff. vel dejec.* §. 1. *inf. de obl. quæ ex del. l. pen. et ult. de in jus voc.* §. *ult. in fin. inf. de pen. tit. l.* 8. *in fin. et l.* 9. *de inoff. leg. cum ex falsis.* 47. *de man. test.*) se cuenta del valor de cien sextercios Grot. *spars. flor*; aunque no siempre fué uno mismo el precio y valor de dichas monedas, acerca de lo cual véase á Budeo *de ass. l.* 5. *et.* 6. Hotom. *de re. numm. c. de numm. aur.* Covar. *de collat. vel numism. c.* 2. Llamábase sueldo ó *sólido* no porque fuese de oro puro y sólido, sino porque era una moneda entera, á diferencia de los semises y tremises que valian la mitad ó tercera parte del sueldo ó aureo.

4. (*Quæ insinuationem minimè desiderant*). De este número son las donaciones del Principe, esto es, las que este hace ó que se hacen al mismo, *l. sancimus* 34. *C. h. t.* (a); y tambien la donacion por causa de nupcias (b) *Nov.* 119., en la que en la traduccion vulgar se ha tomado el nombre de *larguezas esponsalicias* por la donacion por causa de nupcias, pues en el original griego se dice: ὥςπερ τὴν διὰ τοῦ γάμου δωρεὰν, esto es, á la manera del don hecho por razon del matrimonio. Despues se hizo alguna distincion en la *Nov.* 127. §. 2. *auth. eò decursum. C. de don ant. nupt.* Además, si se diere alguna cosa para la redencion de los cautivos, para la reedificacion de las casas incendiadas ó arruinadas (c), ó por el tribuno militar á los soldados en premio de su valor, sea cual fuere la cantidad que se diere valdrá la donacion, aun cuando no vaya acompañada de la insinuacion judicial, *l. pen. in pr.* §. 1. *et* 2. *C. eod.* Acerca de las donaciones piadosas se ha dudado si deben actualmente tener algun privilegio, ó considerarse sujetas al derecho comun de las demás donaciones. La razon de dudar proviene de que si cuando las demás donaciones que excedian de 500 sueldos exijian la insinuacion, las hechas por causas piadosas valian sin este requisito hasta la cantidad de 500 sueldos, *d. l.* 34. §. 1., de ahí parece deber decirse que despues que se dispuso que aquella donacion valiese aun sin estar insinuada hasta la cantidad de 500 sueldos, *d. l. pen. in fin.* el privilegio que antes tenian las donaciones piadosas, proporcionalmente debia ampliarse; y que por lo tanto semejantes donaciones deben subsistir sin que estén insinuadas, á lo menos hasta la cantidad de 700 sueldos. Sin embargo, la comun opinion de los doctores en la *l. illud* 19. *C. de sacros. æccles. et d. l.* 34. *h. t.* es que las donaciones por causas piadosas no tienen ya privilegio ninguno, debiendo en ellas observarse lo propio que en las demás, á saber, que si excedieren de los 500 sueldos deben insinuarse en las actas, á causa de que Justiniano no amplió expresamente el privilegio de las mismas, sino que por el contrario parece haberlo derogado en *d. l. pen.* al disponer que lo que antes era derecho singular de las mismas empezase á serlo comun á todas las donaciones que no están exceptuadas *simpliciter* de la insinuacion.

5 *Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum*). Aquí refiero lo que Justiniano dispuso de que las donaciones de una suma mayor que no están inscritas en las actas no se invalidan del todo, sino solo en cuanto exceden de la suma prescrita, *d. l.* 34. §. 1. *h. t.* y tambien aquello de que muchas donaciones hechas á una misma persona, pero en diversos tiempos se consideran, no por junto, sino separada y distintamente cada donacion de por sí, haciéndose lo mismo cuando se dona una cantidad anual durante la vida del donante ó donatario, *d. l.* 34. §. *pen.* y *ult.*; y finalmente el haber mandado borrar aquellas palabras que acostumbraban ponerse en las donaciones *sextercios*, *una moneda*, *cuatro ases*, *etc.*, *l. ult. C. eod.*; pues que antes debia tener lugar tambien en las donaciones una venta imaginaria ó la mancipacion siempre que se donaban cosas mancipias; de otro modo el dominio de dichas cosas no pasaba por derecho quiritario al que las recibia; por cuya causa aquel que queria donar estaba obligado á fingir una venta, y á recibir en apariencia una moneda; véase á Concio 1. *disp.* 16.

Si tamen ingrati). La donacion simple y mera no puede revocarse como mas arriba se ha dicho sin causa, por solo el arrepentimiento, como la donacion por causa de muerte; ni tampoco por cualquiera ingratitud del donatario. Sin embargo, si esta fuere muy grave y tal que pudiera llamarse un crimen háse concedido el poder revocar semejante donacion, y quitarla al donatario como á indigno, *l. ult. C. de revoc. don.* (a), pudiéndose por esta causa implorar el oficio del Juez, ú obrar en virtud de la condicion de dicha ley última.

6. *Donatoribus licentiam præstitimus*). So-

(a) D. l. 9.
(b) D. l. 9.
(c) D. l. 9.

(a) L. 10. tit. 4. P. 5.

lo, empero, á los donantes, no á sus herederos, *l. his solis.* 7. *l. ult. C. de rev. dom.* (a); pues la accion que se dá contra los ingratos para revocar la donacion surte los efectos de una especie de venganza de la injuria hecha, y por lo tanto es personal, asemejándose en esto á la accion de injurias, la que es sabido que no se concede al heredero de aquel que ha sufrido la injuria, *d. l.* 7. §. 1. *inf. de perp. et temp. act.* Ni tampoco deberá darse contra los herederos del ingrato, aunque ellos hubieren sido los ingratos, no el donatario, segun lo prueban *dd. ll.*; pues no parece poder objetarse con razon la ingratitud al sucesor de aquel á quien se ha donado; siendo muy diferente lo que sucede con los feudos, á causa de que no solo el primer poseedor, sino tambien sus sucesores están tenidos á prestar ciertos oficios al señor.

Ex certis). Estas causas se expresan en número de cinco en dicha ley última, y son estas: si el donatario injuriare gravemente de palabra al donante; si pusiere en él sus manos impías; si asechare á su vida; si le causare un gran perjuicio en sus bienes y patrimonio (b); y si no quisiere cumplir las condiciones puestas en la donacion. Con todo, aunque Justiniano no enumera otras causas, y solo permite que por estas que expresa se revoque la donacion me conformo con la comun opinion de los doctores que niegan que por ello deban excluirse otras causas semejantes y mayores, del mismo modo que se admiten por los dichos otras causas de desheredacion á mas de las que se enumeran en la *Nov.* 115.; acerca de lo cual hablaremos mas latamente *inf. de inoff. testam.*

7. Añaden los doctores otra causa de revocar la donacion; á saber, si el donante tuviere hijos despues de haberla hecho, segun la *l. si umquam* 8. *C. d. t.*; pues aunque dicha ley solo habla del patrono y de los libertos, acerca de los que se observan cosas peculiares en muchas materias, y diferentes de lo que se observa en otros extraños, piensan con todo que cualquier donacion debe considerarse conforme al mismo derecho, de modo que la sucesion inesperada de hijos la invalide. Emplean para esto el argumento de que hecha la donacion por aquel que no tiene hijos parece contener la tácita condicion, *si despues no le nacieren*; pues si hubiese pensado en los mismos no es creible que hubiese donado, por cuanto de nadie se presume que prefiera las sucesiones agenas á las propias, segun la *l. cum. avus.* 102. *de cond. et dem. l. cum. acutissimi.* 30. *C. de fideicom.* Yo, empero, aunque esta opinion me parece ser algun tanto conforme á la humanidad, me atreveré á afirmar que en ningun modo fué esta la intencion de Constantino, de quien es *d. l. si umquam* 8.; ó sino ¿porqué habló tan solo del patrono? ¿Tal vez porque habia ocurrido un caso en virtud del que se le consultaba acerca de la donacion hecha por un patrono? Pero la constitucion es general y dirijida al prefecto del pretorio, no á un patrono particular, ó acomodada á un cierto caso; y siempre que la ley habla de determinadas personas á las que quiere conceder algun beneficio, es cierto que no se refiere á otras, *l. si vero.* 64. §. *pen. sol. matr. l. quod cons.* 24. *de test. mil.* Este derecho, pues, es contra la manifiesta razon del derecho comun, *l.* 5. *C. de obl. et act.*; y por lo tanto no tienen facultad los intérpretes de hacerlo extensivo á otros casos y donantes extraños, *l. quod vero* 14. *de legib.*; por cuya razon tampoco los griegos lo hacen extensivo, *Basil.* 47. *tit.* 2. Harmen. 5. *tit* 2. y Aniano que floreció en tiempo de Alarico muchos años antes de Justiniano, interpretó del mismo modo la *l.* 5. *C. Theod. de revoc. donat.* que es la misma que *d. l.* 8. Examínense todos los lugares del derecho civil; no se encontrará ninguno que hable del derecho de revocar la donacion por la supervencion de hijos, ni en el mismo Justiniano; quien habiendo no solo conservado en todas las partes el derecho de los hijos si que tambien aumentádolo, ciertamente hubiera hecho mencion de este modo de revocar la donacion y no lo hubiera omitido cuando de propósito enumera los modos como se revocan las mismas, si la hubiese considerado como una causa general. Tambien los Cánones manifiestan lo contrario, *c. ult. c.* 17. *q.* 4., en donde S. Agustin alabando lo hecho por S. Aurelio Obispo de Cartago al restituir al donante por la supervencion de hijos lo que habia donado á la iglesia dice: *podia el obispo no volvérselo, pero en el foro externo, no en el interno.* Malamente, pues, se hace extensivo al caso presente el ejemplo de *d. l. cum avus.* 120. *de cond. et dem. d. l. cum acutissimi* 30. *C. de fideic.*; pues por la misma razon deberia concederse la revocacion de la cosa donada á aquel que habiendo hecho la donacion cuando tenia un hijo le nacieron despues otros; y por otra parte, lo que se revoca no lo adquieren los hijos sino que vuelve con pleno derecho al

(a) D. l. 10. vers ult.
(b) D. l. 10.

padre, quien tiene de nuevo libre facultad de disponer de ello. Y por otra parte ¿no deberemos decir que si se admite la revocacion de la donacion por supervencion de hijos nadie puede considerarse que dona plena y puramente á un extraño sino aquel que careciese de hijos, pues que siempre que se ha hecho la donacion de alguna parte de bienes tiene lugar esta constitucion? Sobre esto nos extendemos mas en el *lib.* 2. *sel. quæst.* c. 32. Sin duda alguna, pues, es mucho mas verdadera y cierta la opinion de algunos escritores modernos que la de Connano *lib.* 5. *com.* 10. Donelo en *d. l. si umquam* y Ant. Fab. 7. *conject.* 14. *et* 15. que afirman que Constantino solo introdujo y aprobó este modo de revocar la donacion con respecto á los patronos, aunque lo contrario se observa, y sea la opinion comun como entre otros lo atestiguan Tiraquel. en *d. l. si umquam* y Minsing. 5. *obs.* 83.

«En España lo mismo exige la *l.* 9. *tit.* 4. «*P.* 5. siempre que las donaciones excedan «de 500 maravedises de oro, de los que pe- «san la sexta parte de una onza de oro se- «gun prueba Covar *de veter. numm. Collat.* «*cap.* 6. *núm.* 4. Tambien dispone dicha «ley 9. que no sea precisa esta anotacion ó «registro en las donaciones que se hacen á «iglesias, órdenes ú otros lugares religiosos. «Pero la donacion de todos los bienes ó de «gran parte de ellos hecha por quien no tie- «ne hijos se rescinde enteramente *ipso jure* «por el inesperado nacimiento de prole que «le sobrevenga al donante, *l.* 8. *tit.* 4. *P.* 5. «Empero en la ley no se expresa lo que de- «be entenderse cuando se habla de gran «parte de los bienes; así es que parece pro- «bable haberse dejado esto al arbitrio del «juez, Lop. *glos.* 5. de *d. l.* 8. Molin. *tract.* «2. *de just. et jure. disp.* 282.; quienes exa- «minan sobre esta materia otras varias cues- «tiones. No obstante, la citada ley de Parti- «das, en cuanto habla de la donacion de to- «dos los bienes, se debe entender segun lo «dispuesto por las leyes de Toro, que tiene «lugar en el caso en que el donante se hubie- «re reservado el usufructo ú otro derecho, «pues de otro modo semejante donacion de «todos los bienes, aunque solo sea de los «presentes, es nula desde un principio, in- «dependiente del nacimiento de hijos, segun «la *l.* 65. de Toro que es la *l.* 2. *tit.* 7. *lib.* «10. *de la Nov. Rec.* Dicha donacion de to- «dos los bienes se habia ya antes declarado «nula por la *l.* 7. *tit.* 2. *lib.* 3. *F. R.* (*Sala.* «*Inst. Rom. Hisp. en este parr.*)»

«En Cataluña aunque tambien se requie- «ra para la validez de la donacion la acep- «tacion por parte del donatario, hay la cos- «tumbre particular de poder el escribano «aceptarla y aun estipularla para cualquiera «persona ausente. Mas cuando la donacion «se hiciese por causa de dote, ó en ella hu- «biese intervenido juramento, podria valer «sin que hubiese persona aceptante, pues «el juramento suple dicha falta segun el de- «recho canónico que en esta provincia debe «observarse antes que el comun segun ya «hemos dicho varias veces. Tambien se ne- «cesita la insinuacion en todas las donaciones «que excedan de 500 aureos, cantidad que «entre nosotros asciende á 226 duros 3 rs. 14 «ms. computando el aureo á razon de 9 rs. «2 ms. de vellon. No obstante, esta insinua- «cion se hace casi siempre sin conocimiento «del juez, y solo se toma razon por el es- «cribano encargado del registro. Vives *tom.* «2. *pág.* 225. No es necesario este requisito «en las donaciones que se hacen en las capi- «tulaciones matrimoniales.»

«Segun una consuetud de Cataluña no «puede el menor de 20 años hacer dona- «cion, condonacion ó absolucion alguna en «favor de aquellos en cuya potestad estuvie- «re, á no ser con el consentimiento de las «tres personas parientes mas próximos por «parte de padre, y otras tres por parte de «madre, ó en su defecto de sus tres mayo- «res amigos, y además con decreto del juez, «y juramento del menor, *Const.* 2. *tit.* 4. «*lib.* 5. *vol.* 1. *Const. de Cataluña.* En vir- «tud de otra consuetud tampoco puede nin- «guna persona hacer donacion á aquel con «quien vive como súbdito ó cuasi, como «la muger, el hijo, esclavo, etc., á no ob- «servarse lo arriba dicho con respecto á la «donacion hecha al tutor, y esto aunque «intervenga juramento pues se presume he- «cho con dolo. Empero esto no tiene lugar «en las definiciones ó renuncias que las hi- «jas hacen á sus padres cuando se casan.»

«Segun una costumbre de Cataluña *tit.* «9. *l.* 8. *vol.* 1. si el donador despues de he- «cha la donacion tuviere hijos, estos podrán «revocar la donacion anterior en todo aque- «llo en que les perjudicase á su legítima des- «pues de la muerte del padre donante, y «esto aunque el donatario estuviese ya en «posesion de las cosas donadas.»

TEXTO

De donatione ante nuptias vel propter nuptias.

3. Est et aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem à junioribus Divis Principibus

introductum est, quod ante nuptias vocabatur et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et numquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem Divus Justinus pater noster, cùm augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, et ante nuptias augeri donationem, et constante matrimonio, sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed etiam constante matrimonium initium accipiant: et non ante nuptias sed propter nuptias vocentur: et dotibus in hoc exæquentur: ut quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solùm augentur, sed etiam fiunt; ita et istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solùm antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, et constituantur.

TRADUCCION.

De la donacion ante nupcias y por causa de nupcias.

Hay otra especie de donacion entre vivos, que era enteramente desconocida de los antiguos jurisconsultos, y que despues fué introducida por los emperadores mas recientes, la que se llamaba ante nupcias, y tenia en sí la tácita condicion de que solo se considerase válida despues que se hubiese seguido el matrimonio. Por esta razon se llamaba ante nupcias, porque tenia lugar antes del matrimonio, y nunca podia hacerse semejante donacion despues de celebradas las nupcias; pero el emperador Justino nuestro padre fué el primero que estando ya antes permitido aumentar las dotes despues del matrimonio, permitió tambien que si tal sucediere fuese lícito aumentar la donacion antes de las nupcias y durante el matrimonio. Mas de esta suerte el nombre era inadecuado, puesto que se continuaba llamando ante nupcias, cuando recibia el aumento despues de ellas. Así nosotros deseando que las leyes correspondiesen á su fin, y procurando que los nombres fueran adecuados á las cosas, dispusimos que semejante donacion no solo pueda aumentarse si que tambien constituirse durante el matrimonio; y que se llame, no ante nupcias, sino por causa de ellas, igualándose á las dotes; de suerte que del mismo modo que estas, no solo se aumentan sino que tambien se constituyen durante el matrimonio, así tambien las donaciones introducidas por causa de las nupcias, no solo preceden al matrimonio si que tambien se aumentan y constituyen despues de contraido este.

NOTAS.

3. *Et constante matrim.*). Con tal que la donacion por causa de nupcias no exceda la cantidad de la dote, para que no se eluda lo que el derecho dispone prohibiendo las donaciones entre los cónyuges, *l. 1. et. tot. tit. D. de don. int. vir. et ux. et C. eod.* Esta constitucion de Justiniano se halla en la *l. pen. C. de don. ant. nup.*

Nomen inconveniens). Era inadecuado por cuanto podia aumentarse durante el matrimonio. Actualmente, segun la decision de Justiniano puede, nó solo aumentarse durante este, si que tambien constituirse.

Constituimus). *L. ult. C. eod.* Tambien hay otra *Nov.* á saber, la 97. en la que se dispone que la donacion por causa de nupcias corresponde enteramente á la dote, ya en la cantidad, ya en los pactos.

COMENTARIO.

1. *Las donaciones que se hacen entre el esposo y la esposa se han transformado insensiblemente de modo que han dejado de ser verdaderas donaciones, y de derecho de gentes.*
2. *¿Qué es lo que dispuso primeramente Constantino acerca de estas donaciones?*
3. y 5. *¿Qué es lo que posteriormente dispusieron otros?*
4. *El dominio de la cosa donada por causa de nupcias no pasa verdaderamente á la mujer.*

La dote y donacion propter nupcias, son una especie de donaciones impropias entre vivos. Los antiguos contaban la dote entre las donaciones segun el mismo Justiniano, *l. ult. C. de don. ant. nupt.*, de modo que es de admirar que nada diga de ella en este lugar. La dote es una donacion hecha en nombre de la mujer al marido para sostener las cargas del matrimonio, *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot.* Por el contrario, la donacion por causa de nupcias es aquella que se hace por el marido á la mujer, ó por el esposo á la esposa para seguridad y casi remuneracion de la dote; por lo que, las cosas así donadas se llaman por los griegos ἀντιφέρνα, esto es, que se dan recíprocamente para la dote, *d. l. ult. in pr.* Así pues, la donacion por causa de nupcias es como quien dice la dote del marido y la recompensa de la dote de la mujer. En las Básilicas se llama ἕδνων, es decir, regalos de boda, dote. Manifiéstase aquí el orígen y aumento de esta donacion.

1. *Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum*). Los antiguos no desconocieron las donaciones ante nupcias; esto es, aquellas que suelen hacerse por liberalidad y afecto entre el esposo y la esposa y que son de derecho de gentes. Solo les fué desconocida la especie de donacion ante nupcias que se acostumbraba hacer en tiempo de Justiniano; pues que hasta despues de la traslacion del imperio al Oriente no se intodujo, é insensiblemente se transformó de modo que dejó de ser una donacion verdadera y de derecho de gentes, convirtiéndose en una especie de donacion impropia que es absolutamente de derecho civil. Debe saberse que en los tiempos primitivos las donaciones es-

ponsalicias, esto es, aquellas que el esposo hacia á la esposa, ó vice versa, la esposa al esposo (pues esto tambien sucedia alguna vez, *l. 1. §. 1. D. h. t. l. 12. l. 16. C. de don. ant. nupt.*) se consideraban, no como que hubiesen sido hechas por causa de las nupcias, sino como puras y absolutas, dándoseles la misma fuerza que tienen las demás donaciones, que se hacen por mera liberalidad; las que en ningun caso vuelven al donante, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 8. con algunos de los sig. *C. de tit.*; de modo que semejantes donaciones no podian revocarse, ni aun en el caso en que no hubiere tenido lugar el matrimonio; *d. l. 1. §. 1. l. 2. y l. 12. C. de tit.* á no ser que expresamente se hubiesen hecho con esta condicion, ó que de lo obrado apareciese evidentemente que las cosas donadas debiesen restituirse en caso que no se verificasen las nupcias.

2. Posteriormente, por la constitucion de Constantino empezó á observarse que toda donacion entre los esposos se considerase como que tenia la tácita condicion de las futuras nupcias, *l. cum veterum* 15. *C. eod. tit.*; y ciertamente, con una razon muy fundada; pues que la donacion que el esposo hace á la esposa se considera con razon nacida de un singular afecto que se tiene á la esposa como á futura mujer; donacion que difícilmente tendria lugar sin la esperanza de las nupcias. Por la constitucion de Constantino, empero, no se dispuso que interinamente la donacion estuviese en suspenso, hasta tanto que se hubiesen seguido las nupcias; pues que de esta suerte hubiera sucedido que habria recaido en aquel caso desde el que no podia empezar; á saber, en la donacion entre marido y mujer, *l. 4. C. eod.*; la cual siempre estuvo prohibida por derecho civil; sino tan solo que se invalidase en caso que no se siguieran las nupcias, como ya antes sucedia cuando esto se habia dicho expresamente, *d. l. 1. §. 1. h. t.* Con todo, Constantino no concedió la repeticion de la cosa donada en cualquier caso en que no se hubiesen seguido las nupcias, sino que hizo la distincion entre si fué aquel ó aquella que recibió la donacion él ó la que dió márgen á que no se verificase el matrimonio, en cuyo caso se daba al donante ó donadora la condicion de la *causa dada, causa no seguida*; ó si fué el donante la causa de ello, en cuyo caso no solo tenia la retencion de lo donado, sino tambien su exaccion, *d. l.* 15. Si, empero, el matrimonio no hubiese tenido lugar por haber muerto uno de los dos, entonces, si hubiese sido la esposa la que habia donado podia repetirse el todo, ya hubiese intervenido ósculo ó no; pero si hubiese sido el esposo, solo tenia el derecho él ó sus herederos de repetir todo lo que se habia donado en el caso en que no hubiese intervenido ósculo, pues en el contrario solo podia repetir la mitad, *l. si à sponso* 16. *C. eod.* como que por el ósculo se aumentase el derecho de los esponsales, y como, que el que lo recibe se considerase como marido, ó á lo menos mas que esposo; pues no es bastante el ósculo para considerar á uno por marido, como dice Fabio *declam.* 279. Seguidas, empero, las nupcias, no tenia lugar la repeticion de lo donado, sino que la cosa, objeto de la donacion, se consideraba que se hacia en pleno derecho é irrevocablemente, del donatario.

3. A esta donacion sucedió la ante nupcias de la que aquí se trata, y que Justiniano quiso se llamase por causa de nupcias. Esta se hace por solo el esposo y se diferencia en su fuerza y efecto muchísimo de las anteriores; pues en primer lugar se asemeja á la dote, de la que se considera como una remuneracion, en que del mismo modo que la mujer, disuelto el matrimonio, recobra la dote, *l. 2. sol matr.*, así tambien el marido recibe la donacion *propter nuptias*, *c. ult. X. de don. inter vir et uxor.* Además, en realidad por esta donacion el dominio de la cosa donada no pasa á la mujer (a), sino que consigue otro derecho como es el derecho de especial hipoteca; pues las cosas donadas por causa de nupcias se entienden especialmente obligadas á la mujer para seguridad de la dote, *l. ubi adhuc* 29. *C. de jur. Nov.* 61. *c.* 1.; y este es el principal fin de esta donacion; á saber, que quede mas segura la dote á la mujer, por lo que muy bien advierte Wesembecio que las cosas donadas por causa de nupcias mas bien parece que se sujetan á una hipoteca que no que se enajenan. Aseméjase tambien á la dote en que el marido que se divorcia sin causa pierde toda ó parte de la donacion que lucra la mujer, del mismo modo que la mujer divorciándose sin justa causa es castigada tambien con la pérdida de la dote, *l. consensu* 8. §. *hæc. nisi* 4. *C. de repud.* Últimamente tambien se dispuso que en los casos en que el marido lucra por pacto la dote ó parte de ella, en los mismos la mujer lucra toda la donacion ó parte de la misma. *Nov.* 61. *p.* 1. *Nov.* 91. *c.* 2. *Nov.* 97. *c.* 1.

4. Los doctores vulgarmente afirman que la mujer adquiere el dominio de las cosas que se le han donado por causa de nupcias

(a) L. 7. tit. 11. P. 4.

de la misma opinion son Schneid. *hic n.* 5. Gudel. 1. *de jur. novis.* 8. *arg. d. l.* 29. *C. de jur. dot. de Nov.* 97. *c.* 1. *d. Nov.* 61. *c.* 1. *vers. non enim.* Si, empero, la mujer se hace dueña de estas cosas obró muy absurdamente Justiniano al disponer que la mujer tenga en ellas el derecho de hipoteca, y tambien al prohibir expresamente al marido la enajenacion y dacion en prenda de dichas cosas, *Nov.* 61.; pues que nadie puede tener el derecho de prenda en una cosa propia, ni enajenar ú obligar una cosa ajena. La razon tampoco permite que en cuanto á esta materia establezcamos lo mismo acerca la donacion *propter nuptias* que acerca de la dote, pues no es necesario que del mismo modo que las cosas dadas en dote se entregan al marido pasó tambien á la mujer la posesion de las cosas donadas por causa de nupcias, y esto se deduce y se prueba de que los frutos percibidos de la cosa donada durante el matrimonio no los adquiere la mujer sino el marido, como dice muy bien Schneid. *n.* 4. Gomez en la *l.* 50. y las 5. *sig. n.* 11. *de Toro*, Duar. *tit. sol. matr. C. de don. propt. nup. arg. in d. l.* 29. *C. de jur. dot.*; pues si dijésemos que estos frutos pertenecen á la mujer sucederia que el marido que es el solo que sostiene las cargas del matrimonio estaria privado de toda la utilidad de la dote, principalmente desde que se dispuso que la donacion por causa de nupcias fuese igual á esta en su cantidad y sus pactos, *Nov.* 97. Con todo, Justiniano no considera dignos de reprension á aquellos jueces que en ciertos casos concedieren á la mujer para reclamar estas cosas despues de disuelto el matrimonio, una accion real, *Nov.* 61. §. 1.; pero este mismo lugar manifiesta que en dicho caso no obrarán aquellos segun la razon del derecho, ni darán una accion directa real, sino tan solo útil, que en algunos casos se concede por equidad tambien á los que no son dueños de la cosa. Así tambien piensa Bacovio. Vinn. Con todo, no se hace necesaria la última respuesta, pues confesando el mismo autor que la mujer tiene el mismo derecho de prenda en las cosas donadas por causa de nupcias ¿quién dudará que le compete una accion real; á saber, la cuasi serviana? ¿Y por ventura, por competerle á uno una accion real se sigue desde luego que sea dueño de una cosa? Lo mismo ha de decirse sobre la *l.* 29. *C. de jur. dot.*, en donde se dice que la mujer vindica la donacion por causa de nupcias, pues es sabido que los antiguos llamaron vindicacion á todas las acciones reales, segun el §. 15. *inst. de action.* Hein.

A junioribus divis principibus). En tiempo de Constantino era aun desconocida esta especie de donacion ante nupcias, puesto que dicho emperador solo dispuso que la donacion ante nupcias, que antes se consideraba pura, tuviese la tácita condicion de si se seguian las nupcias, *l.* 15. *C. de don. ante nupt.* Seguidas, empero, estas, lo que se habia donado quedaba en pleno derecho del cónyuge que lo habia recibido, y no solo el esposo, si que tambien la esposa podian hacer la donacion ante nupcias Constantiniana, *l.* 16. *C. eod.* Posteriormente se dispuso que volviese al donante despues de disuelto el matrimonio, *l. ult. C. eod.* Mas la donacion de que aquí se trata solo se hace por el esposo, y nunca de modo que la cosa donada la adquiera la mujer ó la esposa con pleno ó irrevocable derecho, de suerte que malamente habria permitido Justiniano que durante el matrimonio se aumentase, puesto que tal aumento hubiera sido una donacion entre marido y mujer. Entiende aquí sin duda el emperador hablar de los príncipes posteriores á Constantino, quienes substituyeron en vez de la antigua donacion ante nupcias, la nueva que se hace por solo el esposo ó marido por causa de la dote, y en seguridad de la misma, y la que no solo no es de ningun momento en caso que no se sigan las nupcias, pero ni aun en el en que estas se hayan verificado y despues disuelto, pues la cosa donada vuelve al marido, ó mas bien queda en su poder; por cuanto segun poco há probamos, la mujer por esta donacion ni propia ni verdaderamente se hace dueña. Quién, empero, seria el que introdujo esta donacion, y en qué tiempo es incierto: solo se sabe que en tiempo de Teodosio el jóven y de Valentiniano tercero estaba en uso, *l. consensu* 8. §. *hoc nisi* 4. *de repud.*

Primus Divus Justinus pater noster). En un principio las donaciones ante nupcias no podian ni constituirse ni aumentarse despues de contraido el matrimonio. Justino á quien Justiniano llama aquí su padre, como tambien mas abajo §. *pen. quib. non est perm. fac. test.*, á causa de que fué adoptado por él, fué el primero que permitió que aumentada posteriormente la dote pudiese tambien aumentarse la donacion ante nupcias que se habia hecho antes, *l. si constante* 19. *C. de don. ant. nupt.* Justiniano, empero, permitió que pudiese dicha donacion constituirse despues de contraido el matrimonio, *l. ult. C. eod.*; pero de modo que si esto tenia lugar nunca excediese la cantidad de la dote, para que no se contraviniese al senado-consulto

que prohibe las donaciones entre el marido y la mujer.

5. *Sed etiam constante matrimonio initium accipient*). Esto lo dispuso Justiniano en dicha ley *ult. in pr. vers. simplices*; y aun de este modo era arbitraria la donacion ante nupcias, aunque se hubiese dado dote; y podia, ó dejar de constituirse, ó constituirse mayor ó menor que la dote, aunque se hiciese antes de las nupcias sin requerirse igualdad ninguna en las partes del lucro ó en la cantidad que por cada parte se traia. Solo habia empezado á establecerse esta igualdad entre los pactos que se celebraban entre el marido y la mujer acerca de lucrar la dote ó las cosas donadas por causa de nupcias, pues Leon habia mandado que la misma parte que la mujer hubiese estipulado que lucraria de la donacion ante nupcias despues de la muerte del marido, la misma estipulase este de su mujer acerca la dote, *l. ex morte* 9. *C. de pact. com. tam sup. dot.*, á lo que Justiniano añadió que si los pactos no eran iguales, la mayor parte del lucro se redujese á la menor, *l.* 10. *de tit. d. l. ult. vers. simplices*; lo que se confirmó despues en la *Nov.* 22. Finalmente, Justiniano en la *Nov.* 27., de la que está sacada la auténtica *æqualitas C. de pact. com. tam sup. dot.*, dispuso que no solo se observase igualdad en las partes, si que tambien en las cantidades, y absolutamente en los pactos y estipulaciones, y en la misma prestacion ó promision de la dote, y donacion ante nupcias; de modo que aumentada ó disminuida dicha dote ó donacion recíprocamente se aumentase ó disminuyese hasta igualarla á la otra, y desde entonces ya no fué libre el donar ó dejar de hacerlo, ni el donar menos de la dote.

Sed propter nuptias vocentur). Justiniano quiso que la donacion *ante nuptias* se llamase *propter nuptias* á causa de que permitió que pudiera aumentarse y constituirse aun despues del matrimonio, *l. ult. C. de don ant. nup.*; lo que no es de mucho momento, y en la rúbrica del código se conserva el nombre antiguo. Mas bien podia llamarse esta donacion por causa de la dote, y de esta suerte corresponderia á la palabra que emplean los griegos, quienes la llaman ἀντιφέρνη, dote del marido. Por lo demás, tambien la dote es una donacion por causa de nupcias, *d. l. ult.*

« Corresponderia aquí tratar de la materia « de las dotes, y demás donaciones por causa de matrimonio. El autor, insiguiendo á « Justiniano, trata muy lijeramente de ellas; « pero nosotros procuraremos suplir esta falta en lo posible. »

« Dote ó adote es lo que la mujer dá al « marido, ú otro en su nombre para ayudarle á sostener las cargas del matrimonio. La « dote puede constituirse antes ó despues de « celebrado este, *l.* 1. *tit.* 11. *P.* 4. Dividese « en profecticia que es la que se constituye « por el padre ó abuelo paterno de la mujer, « sea ó no esta emancipada; adventicia que « es la que se constituye por la misma mujer « ú otra persona distinta de las indicadas; estimada que es cuando de comun acuerdo « se hace la estimacion de la cosa entregada « en dote, ya con el objeto de hacer responsable al marido en todo caso de la estimacion referida, y no de la cosa misma, ya « con la mira de que conste el valor de lo « que se entrega; é inestimada cuando se entrega la dote sin mediar estimacion ninguna. »

« Tienen obligacion de dotar: 1.° El padre « á su hija legítima que está en su potestad. « 2.° El abuelo y bisabuelo paternos á su nieta ó biznieta legítima cuando esta fuere « pobre y estuviere en su potestad, *L.* 1. *tit.* « 11. *P.* 4. 3.° El que tuviere en su poder ó « guarda en union con todo lo suyo á una « soltera que fuere ya de edad para casar. « 4.° Aquel que pudiendo contraer hubiere « constituido dote, á aquella en cuyo favor « la constituyó, *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *N. R.* 5.° « La madre hereje á su hija católica, *L.* 3. « *tit.* 11. *P.* 4. Sin embargo, aunque las leyes « citadas de Partida así lo disponen, solo tendrá lugar semejante obligacion en los padres cuando no hubiere bienes gananciales, « pues que segun otras leyes que están en « observancia y que esplicaremos al tratar « de la sociedad legal entre los cónyuges, « cuando existieren dichos bienes, de ellos deberán deducirse las dotes; de modo que no « será la madre ó el padre quien habrá de « dotar, sino que esta carga afectará á los « gananciales. »

« Acabamos de decir que aquel que teniendo la libre administracion de sus bienes y pudiendo contraer prometiere dotar á alguna, queda obligado en virtud de « esta promesa. Efectivamente, ya entre los « romanos, entre quienes los pactos nudos no « producian obligacion segun veremos mas « adelante al hablar de los contratos, la promesa ó pacto de dote tenia fuerza obligatoria en virtud de disposicion particular « de la ley, por cuya causa era uno de los « pactos legítimos, *L.* 6. *C. de dot. promiss.* « Mas entre nosotros que no reconocemos diferencia ninguna entre pactos y contratos, « y que de cualquier modo que aparezca que « uno quiso obligarse queda obligado, *l.* 1. « *tit.* 1. *lib.* 10. *N. R.*, aun cuando las leyes

« de Partida no hubiésen admitido este pacto « legítimo, tambien naceria de esta simple « promesa la obligacion de dar ó transmitir « cierto derecho ó de constituirlo. Esta obli- « gacion, empero, será condicional, enten- « diéndose siempre hecha bajo la condicion « tácita de que se celebre el matrimonio, « pues sin este no puede existir dote, *L.* 11. « *tit. P.* 4. La *l.* 22. de dicho título obliga « al que constituyó la dote á indemnizar al « marido caso de que se la vindiquen, siem- « pre que así lo hubiesen estipulado, hubiese « mediado estipulacion é intervenido dolo por « parte del promitente; sin que haya distin- « cion ninguna entre dotes precedidas de pro- « mesa, y dotes sin ella, segun hacia la *l.* 1. « *C. de jur. dot.* »

« El dominio de la dote pasa al marido, *l.* « 7. *tit. cit.* 11. y su administracion le cor- « responde exclusivamente durante el matri- « monio; debiendo cuidar de las cosas dotales « con igual cuidado que de las propias, y « responder de los daños y perjuicios por su « culpa y negligencia en las mismas ocasio- « nados, *l.* 27. *tit.* 11. *P.* 4. No puede, empe- « ro, enagenar las cosas dotales inestimadas « á no ser con licencia del juez y prévio co- « nocimiento de causa. El marido puede ser « privado de dicha administracion á instancia « de la mujer, cuando disipa y malbarata la « dote por su mala conducta, *l.* 29. *tit.* 11. « *P.* 4. debiendo siempre los frutos invertir- « se para el sosten de las cargas del matri- « monio; y aun en este caso solo se le privará « de la administacion si no diere caucion de « no enagenar las cosas dotales. »

« La restitucion de la dote tiene lugar cuan- « do se disuelve el matrimonio ó se declara « nulo. Esta restitucion se hace generalmen- « te á la mujer ó á sus herederos, excepto « cuando la dote es profecticia y se ha disuel- « to el matrimonio por muerte de la mujer, « en cuyo caso se deberá restituir al padre, « y tambien la dote adventicia cuando el « extraño que la constituyó interpuso el pac- « to de que se le restituyese despues de di- « suelto el matrimonio. Es inútil advertir que « esto solo tiene lugar cuando no ha habido « hijos del matrimonio. »

« La restitucion de la dote inestimada se « hace en las mismas cosas en que consis- « te; pero en la de la estimada debe distin- « guirse si la estimacion causó efecto venal, « ó no; debiéndose en el primer caso restituir « el precio y en el segundo la misma cosa. « Entiéndese que la estimacion causa efecto « venal cuando al tiempo de hacerse se im- « pone al marido la obligacion de volver el « importe, *l.* 16. *tit. cit.* Si al tiempo, em- « pero, de constituirse la dote se hubiere el « marido ó la mujer reservado la facultad de « elegir se hará la restitucion segun eligiere « el que tiene este derecho, *LL.* 18. *y* 19. « *tit. cit.* »

« Las cosas inmuebles deben restituirse « luégo de disuelto el matrimonio, y las mue- « bles ó dinero dentro de un año, aunque el « juez puede conceder un plazo razonable si « no pudiere la restitucion verificarse dentro « de dichos términos, *l.* 31. *y* 32. *d. tit.* »

« La cosa dotal debe restituirse en union « con las acciones y frutos extraordinarios, « aunque tambien debe sufrir la mujer ó sus « herederos los deterioros de aquella que no « provengan de culpa del marido. Los frutos « percibidos antes de la celebracion del ma- « trimonio son aumento de la dote y deben « tambien restituirse, *l.* 28. *d. tit.* 11. Los « correspondientes al año en que se disolvió « el matrimonio, deberán dividirse entre los « cónyuges ó sus herederos á prorata del « tiempo que en dicho año duró la union « conyugal, *l.* 26. *d. tit.* El marido tiene de- « recho á deducir los gastos necesarios y no « menudos que hubiere hecho en la cosa do- « tal; como tambien los útiles productivos « de mayor renta, mas no los de mero lujo, « *l.* 32. *d. tit.* Por derecho romano solo te- « nia lugar la deduccion de las mejoras úti- « les cuando el marido las habia hecho con « consentimiento de la mujer, *l. un.* §. 1. *C.* « *de rei ux. act.* Respecto de las voluptua- « rias solo podia detraerlas sin desmejorar la « cosa, *d. l. y* §. »

« Respecto de las donaciones *propter nup-* « *tias* la *l.* 1. *tit.* 11. *P.* 4. dispone lo mismo « que el derecho justiniáneo que nos ha ex- « plicado nuestro autor en este título. »

« Las leyes de Partida admiten tambien las « donaciones ante nupcias conocidas entre « nosotros con el nombre de donaciones ó lar- « guezas esponsalicias, que son aquellas que « el esposo regularmente hace á la esposa, y « algunas veces esta á aquel antes de cele- « brarse el matrimonio. No puede exceder « de la octava parte de la dote y la esposa « sea de presente ó de futuro lucra la mitad « si hubiere intervenido ósculo; y nada si no « hubiere este intervenido. Empero si algu- « no de los dos falleciere despues de consu- « mado el matrimonio, la mujer ó sus here- « deros ganan toda la donacion á no ser que « se hubieren dado arras, pues entonces de- « berá la mujer ó sus herederos escojer una « ú otra de estas donaciones dentro los veinte « dias de requerida, y si no lo hiciere ten- « drán el derecho de elejir el marido ó sus « herederos. »

« Hemos hablado de las arras: Estas son « aquella donacion que el marido hace á la « mujer antes ó despues de contraido el ma- « trimonio en remuneracion de la dote ó de « algunas calidades físicas ó morales de aque- « lla. No puede exceder de la décima parte de « los bienes del marido segun las *l.* 6. *tit.* 1. « *lib.* 5. *F. J. y l.* 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 5. *F. R.* « á cuyas leyes se prohibió renunciar por la « *l.* 50. *de Toro.* La mujer puede transmi- « tir abintestato las arras aunque no tenga « hijos del matrimonio por el cual se dieron « ó prometieron, *l.* 50. *de Toro.* »

« Réstanos hablar de las donaciones entre « vivos que tienen lugar entre marido y mu- « jer. Estas, así por derecho romano como « por el de nuestra España son nulas gene- « ralmente hablando. Exceptúanse con todo « aquellas en virtud de las que el donante no « se hace mas pobre ó el donatario mas rico, « *l.* 4. *tit.* 11. *P.* 4.; las que tienen por obje- « to reparar un edificio consumido por las « llamas, y finalmente los módicos regalos que « se hacen en dias señalados, *d. l.* 4. 5. *y* « 6. *del tit. cit.* Sin embargo hablando con « propiedad no podemos decir que sean nu- « las las demás donaciones que tienen lugar « entre marido y muger; sino que mas bien « se reputan donaciones por causa de muer- « te, y así es que cual estas, son tambien re- « vocables á la libre voluntad del donante, y « quedan sin efecto caso de que premuera el « donatario, *l.* 4. *tit.* 11. *P.* 4. »

« No queremos dar fin á esta materia sin « que antes digamos algo de la obligacion que « el cónyuge que sobrevive tiene de reser- « var ciertos bienes en favor de los hijos na- « cidos de su matrimonio con el cónyuge « premuerto, en caso de pasar á segundas ó « ulteriores nupcias, *l.* 6. *tit.* 1. *lib.* 5. *F. J.* « *l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 4. *F. J. l.* 15. *de Toro.* En « semejante caso pues deberá el cónyuge re- « servar en favor de los hijos, ó bien de los « nietos cuyo padre hubiese muerto, todos los « bienes que por cualquier título lucrativo « hubiere recibido del cónyuge difunto; co- « mo tambien todos los que por sucesion « abintestato hubiere adquirido de sus hijos, « si estos lo tuviesen por parte de su padre ó « madre premuertos, pero no los que hubie- « sen adquirido de otros. Los bienes ganan- « ciales, empero, no vienen aquí comprendi- « dos aun cuando el cónyuge sobreviviente « no haya aportado nada al matrimonio, *l.* « 14. *de Toro.* Esta obligacion de reservar « cesa cuando no hay hijos ó descendientes « legítimos del matrimonio, *l.* 2. *tit.* 4. *lib.* « 4. *F. J.* »

« Todos los bienes así reservados pasan á « los hijos con igualdad, sin que el cónyuge « sobreviviente pueda hacer disposicion nin- « guna respecto de ellos, ni imponer en los « mismos gravámen alguno; pues que pierde « su propiedad por el mero hecho de volver « á casarse, quedándole tan solo el usufruc- « to. Así es que de ningun modo podrá ena- « genarlos despues de contraido el matrimo- « nio, y en caso de que lo hiciese será nulo « el acto. Aun mas: si la enagenacion hubiere « sido hecha antes, se sostendrá sí, durante « su vida, pero muerto se rescindirá por « aquellos á quienes hayan de pasar los bie- « nes referidos. »

« Veamos ya lo que acerca de esta mate- « ria se observa en Cataluña. Respecto de la « dote nos regimos absolutamente por las re- « glas del derecho romano, que con algunas « leves diferencias es igual al de Castilla. Pe- « ro la mujer cuando queda viuda tiene so- « bre la misma un privilegio concedido por « la célebre constitucion *Hac nostra*, *l.* 1 « *tit.* 5. *lib.* 5. *vol.* 1. *Const.* y conocido con « el nombre de *Tenuta*, el que es peculiar « de esta provincia. Consiste, pues, este pri- « vilegio en la facultad que tiene la mujer « viuda de poseer todos los bienes del mari- « do y hacer suyos todos los frutos de los « mismos procedentes, hasta que se le satis- « faga enteramente su dote y esponsalicio se- « ñalado. Semejante posesion le es trasladada « *ipso facto* y por ministerio de la ley á la « manera que en los mayorazgos de Castilla. « Dicha posesion y usufructo se entiende so- « bre todos los bienes propios del marido, « muebles é inmuebles, restitucion de dote « y esponsalicio, derechos y acciones, y cua- « lesquiera otros, ya sean libres ya vincula- « dos, aunque acerca de estos últimos no deja « de ser cuestionable, y parece deber decirse, « insiguiendo á Ferrer en sus Comentarios á « la Constitucion *Hac nostra* citada, que solo « tendrá lugar la tenuta respecto de los bie- « nes vinculados, cuando el marido no tiene « otros bienes libres ó cuando aunque los « tenga no bastan para el pago del dote y « esponsalicio. »

« En virtud de la misma Constitucion tie- « ne tambien la viuda durante todo el año « del luto el derecho de ser alimentada de « los bienes del marido; cuyo derecho la « compete tanto si se le paga como nó su « dote y esponsalicio, y aun cuando no haya « traido dote ninguno. Dichos alimentos, pa- « rece deberá recibirlos en la casa del ma- « rido ó de su heredero, si no tuviere una « justa causa para separarse de ella; y cesa- « ran por pasar á contraer segundas nupcias. »

« Para disfrutar, empero, de estos benefi-

«cios que la ley le concede, debe la viuda «hacer inventario comenzándolo dentro de «un mes de la noticia de la viudez, y con«cluyéndolo dentro de otro; aunque segun «opinion de algunos autores no es necesario «esto bastando que se concluya dentro el «término de dos meses. Si así no lo hiciere «perderá el derecho á estos privilegios, aun«que nunca á la tenuta ó posesion, pero sin «hacer por esta suyos los frutos. Fontane«lla *claus*. 7. *glos*. 2. *part*. 2. *num*. 49.»

«Cesa este privilegio de la tenuta: 1.° Si «en la herencia hallase la viuda dinero su«ficiente para satisfacerse de su dote y es«ponsalicio en cuyo caso deberá cobrarse «con preferencia á todos los acreedores. 2.° «Si en dicha herencia hubiese alhajas de «oro ó plata con cuya venta pudiese extin«guir sus créditos. 3.° Cuando se le satis«faciesen estos por el heredero del marido, «ó este le hubiese señalado ciertos lugares «ó rentas, en cuyo caso solo tendrá la pose«sion de estas hipotecas hasta su satisfac«cion.»

«Si hubiere dos viudas, la del padre, y «la del hijo, y aquella hubiese intervenido «en las cartas dotales del hijo, asegurando «á esta su dote sin explicacion alguna, será «preferida en la tenuta la viuda del hijo. «Véase á Vives *tom*. 2. *tit*. 3 *lib*. 3.»

«Siempre que conste deberse el esponsali«cio, aunque no suceda otro tanto con la «dote, ó aun cuando esta no exista disfru«tará la mujer del beneficio de la ley por «solo aquel. Pero no sucederá otro tanto «por los demás créditos que pueda preten«der la mujer sobre los bienes del marido; «pues que por ellos, caso que fueren liqui«dos, solo goza del derecho de retencion «como cualquier otro acreedor.»

«El esponsalicio, del que acabamos de «hacer mencion consiste en aquella dona«cion que el esposo de presente ó de futuro «hace á la que es ó ha de ser su esposa en «razon á la virginidad con que viene al ma«trimonio, y correlativamente á la dote. «Llámase tambien *creix*, *escreix* y *donacion «propter nuptias*; pero no debe confundirse «con la donacion *propter nuptias* de los ro«manos, excepto en la diócesis de Gerona «en donde es absolutamente igual. Tampoco «debe confundirse con las donaciones espon«salicias ni con las arras de Castilla, pues «aunque con estas últimas tiene alguna se«mejanza se diferencia de ellas en muchos «puntos como veremos. Acerca de estas do«naciones debemos examinar quién puede «hacerlas, á quién se hacen, su cantidad, y «qué efectos producen.»

«Pueden hacer esta donacion todos los «esposos de presente ó de futuro capaces de «contraer. Se hace regularmente á las don«cellas; pero si se hiciere á alguna viuda se «entenderá disfrutar del beneficio de la te«nuta que ya hemos explicado. La cantidad «del esponsalicio es igual regularmente á la «parte de dote que se dá á la mujer á su «libre voluntad, y que segun costumbre de «Barcelona es una mitad, y segun la de otros «puntos del Principado una tercera parte. «Sin embargo segun las circunstancias será «el esponsalicio mayor ó menor, pues si la «dote fuese muy crecida, tanto que consti«tuyéndose el esponsalicio igual á su mitad «ó tercera parte debiese el patrimonio del «marido quedar notablemente minorado, en«tonces será menor. Por el contrario á ve«ces será mas crecido cuando media entre «los esposos una marcada diferencia en la «edad, estado, ú otra circunstancia. Si no «hubiere dote ninguna no acostumbra tam«poco á pactarse esponsalicio, aunque pue«de hacerse, pues que no se constituye pre«cisamente por aquella, sino por razon de la «virginidad que la mujer lleva al matrimo«nio.»

«Los efectos del esponsalicio son: 1.° La «mujer tiene sobre él los mismos privilegios «que por su dote. 2.° Disuelto el matrimo«nio le corresponde la mitad de él en pro«piedad, ó el usufructo por entero, cuyo «usufructo no pierde aun cuando pase á «segundas bodas dentro del año. 3.° Puede «reclamarlo siempre que tiene lugar la re«clamacion de la dote, pero si esta no hubie«se sido pagada mas que parcialmente, solo «parcial debiera ser el pago del esponsalicio. «4.° Las cosas así donadas son directamen«te del dominio de la mujer no pudiendo «enagenarse ni aun con consentimiento de «esta. 5.° Si se confiscaren los bienes del «marido quedará salvo á la mujer el espon«salicio. 6.° Si la mujer se hubiere obliga«do junto con el marido, no bastando los «bienes de este para pagarlo todo, se pagará «primero la dote, luego la deuda, y final«mente el esponsalicio. 7.° Si no bastaren «los bienes del marido para pagar dote y «esponsalicio se satisfará en primer lugar á «los acreedores de aquella, y luego á los de «esta. 8.° La mujer lucra el esponsalicio «aunque no se haya consumado el matri«monio por cualquier causa que esto sea. «9.° El esponsalicio pertenece á los hijos «aunque la madre premuera al padre, á no «haber pacto en contrario. 10.° Si en Bar«celona se diere una cantidad expresando «que sirve para dote y esponsalicio, se en-

« tiende destinarse á este la tercera parte de « la misma, *Cap*. 56. *del Recogn*. *Proc*. »

« Tambien conocemos en esta provincia « bajo el nombre de *donadio* las donaciones « esponsalicias de Castilla á las que es aquel « enteramente igual. Goza además la viuda « en Cataluña la facultad de elegir una joya « mediana de las del marido, inmediata á la « mejor regularmente, Fontan. *claus*. 7. *glos*. « 3. *part*. 6. *num*. 64. Dou *tom*. 1. *pag*. 110. « y además los vestidos de su uso cotidiano « y su anillo nupcial. »

« Otras donaciones se conocen en este « Principado desconocidas enteramente en « Castilla y llamadas heredamientos. Estos « consisten en la donacion que en cartas ma« trimoniales se hace por razon del matri« monio futuro y con la mira de establecer « el órden de sucesion en la familia. Son de « dos clases; unas que se hacen por los con« trayentes á los hijos que esperan tener de « su matrimonio; y otras que se hacen por « los padres de los contrayentes al hijo ó « hija que vá á contraerle. Las primeras, es « decir, las que los contrayentes hacen á sus « futuros hijos participan de la naturaleza « de los contratos entre vivos en cuanto á su « irrevocabilidad y otros efectos, y de la de « las últimas voluntades en cuanto exijen la « sobrevivencia de los hijos donatarios. Son « puras cuando se han hecho sin respecto á « otro matrimonio ni otra condicion; y con« dicionales ó prelativas que son aquellas en « que se pone alguna condicion expresa, ó « se hacen con respecto á otro matrimonio. « En los heredamientos puros debe enten« derse que los padres hacen donacion de « todos los bienes presentes á los hijos de « aquel matrimonio; en cuyo caso no pueden « aquellos hacer enagenacion alguna de los « dichos bienes, y en caso que la hicieren « podrán los hijos rescindirla despues de su « muerte. Si estas donaciones se hicieren uni« versalmente de todos los bienes presentes y « futuros, es preciso que los donantes se re« serven alguna parte para testar ó disponer « de ella libremente; de lo contrario serian « nulas. Si despues de hecha semejante dona« cion universal adquiriesen los donantes al« guna finca, y la enagenasen posteriormen« te, esta enagenacion seria válida, porque « cuando se donan los bienes futuros, la com« putacion de los créditos y deudas que con « posterioridad á la donacion ha contraido el « donante se hace desde el dia de su muerte. »

« Cuando ambos contrayentes hubieren « hecho heredamiento puro á favor de los « hijos de aquel matrimonio nacederos, res« pecto de la madre solo será válido si mu« riere durante el matrimonio; pues que esta « donacion no la perjudica para que casán« dose otra vez deje de constituir su dote al « segundo marido, y dejar á los hijos del « segundo matrimonio lo que haya lugar con « sujecion á la ley *Hac edictali*. de que luego « hablaremos. »

« En los heredamientos condicionales ó « prelativos en los que domina exclusivamen« te la idea de anteponer los hijos del pri« mer matrimonio á los de otro ulterior, « quedan los donantes enteramente libres pa« ra enagenar los bienes y hasta para darlos, « como no sea fraudulentamente y con obje« to de favorecer á los hijos del segundo ma« trimonio. Cuando se ha pactado hereda« miento prelativo, si los padres no se hubie« sen reservado la facultad de elegir, todos « los hijos del primer matrimonio suceden « por partes iguales. Sobre si el padre puede « ó no dejar á los hijos del segundo matri« monio mas de la legítima, cuando se ha « hecho esta donacion á los del primero es « una cuestion harto difícil, y acerca de la « cual están divididos los intérpretes. Véase á « Vives *tom*. 2. *pag*. 287. »

« La segunda clase de heredamientos es « aquella que los padres de los contrayentes « hacen á sus hijos que van á contraer ma« trimonio. Suelen los donadores reservarse el « usufructo, la facultad de dotar á los demás « hijos y señalarles lo que les compete para « el pago de sus legítimas, y hasta á veces la « de enagenar, etc. Estas donaciones, aunque « se exprese que solo tendrán efecto despues « de la muerte del donante, se consideran « entre vivos, y por lo tanto irrevocables. »

« Las donaciones entre marido y mujer « están tambien prohibidas por nuestro de« recho insiguiendo lo dispuesto por el ro« mano y el de Castilla. Pero sobre este par« ticular debemos observar que en Cataluña « se observa la *l*. *Hac edictali*. 6. *tit*. 9. *lib*. « 5. *C*. por la que no se permite dejar ni « donar al segundo consorte mas de lo que « se hubiere dejado á aquel hijo del primer « matrimonio á quien se ha dejado menos. « En Castilla como que las cuatro quintas « partes de la herencia son legítimas de los « hijos no es necesario poner á los padres es« ta cortapisa; pero en Cataluña en donde « los padres pueden disponer de las tres « cuartas partes de los bienes es muy útil y « conveniente esta ley, á fin de que no abu« sen de tamaña facultad en favor de sus se« gundos consortes y en perjuicio de sus hi« jos. Respecto de los bienes sujetos á reserva « se sigue en Cataluña lo dispuesto por el « derecho pátrio. »

«Nos olvidábamos de hablar de los bienes «parafernales, que son aquellos que tiene la «mujer casada fuera de la dote ya sean «muebles, ya inmuebles. Su administracion «corresponde al marido, si la mujer se los «dió con esta intencion; de lo contrario cor«responde á la mujer, quien sin embargo «no podrá enagenarlos ni parecer en juicio «por ellos sin licencia del marido. El aumen«to ó deterioro que estos bienes tengan es «de la mujer. En caso de que el marido «tenga su administracion forman aumento «de la dote y siguen la naturaleza de esta. «Sobre esta materia está de acuerdo lo que «observamos en Cataluña con el derecho «pátrio.»

TEXTO.

De jure accrescendi.

4. Erat olim et alius modus civilis acquisitionis, per jus accrescendi, quod est tale: Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, et socio accrescebat. Sed pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari, et ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accedere; hoc quasi invidia plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente, (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est) et eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, et socio indemni conservato, pretiumque servi secundùm partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

TRADUCCION.

Del derecho de acrecer

Antiguamente habia tambien otro modo civil de adquirir por medio del derecho de acrecer, el que es así: Si uno teniendo un siervo en comun con Ticio le daba él solo la libertad, ó por vindicta, ó por testamento en este caso perdia su parte, la que acrecia al sócio, pero era de muy mal ejemplo el quitar la libertad al siervo, y perjudicar de este modo á los señores mas humanos, concediendo un lucro á los mas crueles; y así considerando esto como cruel creimos deber remediarlo por nuestra constitucion. Y hallamos un medio por el que el manumisor, su sócio y aquel que recibe la libertad disfruten de nuestro beneficio quedando subsistente la libertad, (en favor de la cual es sabido que los antiguos legisladores establecieron muchas cosas, aun contra las reglas comunes); y disfrutando de la estabilidad de su liberalidad aquel que dió la libertad, como tambien indemnizando al sócio, dándole el precio del siervo segun la parte de dominio, como nosotros señalamos.

COMENTARIO.

Alius modus civilis acquisitionis). De aquí aparece tambien que los modos anteriores de adquirir se cuentan por Justiniano entre los civiles. Pone aquí por conclusion otro modo civil de adquirir, pero anticuado, y el que ya antes habia derogado él mismo; á saber, aquel por el que la parte que un señor tenia en un siervo comun acrecia á los sócios por derecho de acrecer, en el caso en que aquel lo manumitiese. Este derecho era muy semejante á la donacion, pues era un título meramente lucrativo, y como que el dominio de esta parte pasaba al sócio sin tradicion ninguna, pertenecia este modo de adquirir al derecho civil; siendo este un caso en que el derecho de acrecer tenia lugar fuera de las últimas voluntades. VINN. Hay tambien muchos otros: por ejemplo, en el usufructo, *tit. ff. de usuf. accr.* y en el sócio de la liberalidad del príncipe, *l. 1. C. si lib. imp. soc.* HEIN.

Vindicta, vel testamento). Hace tan solo mencion del siervo manumitido por vindicta ó en testamento, porque el manumitido de otro modo, por ejemplo, por cartas ó entre amigos no pertenecia aquí; pues se observaba que de los mismos modos que aquel que manumitia un siervo propio lo hacia ciudadano romano, por los mismos aquel que manumitia uno comun perdia su parte acreciendo esta al sócio; pero si lo manumitia de los modos por los que se hacia latino, se consideraba que nada hacia; esto es, que no se hacia el siervo latino ni perdia el señor su parte. Ulpiano *tit. 1. de libert. §. communem 18.* Paul. 4. *sent. 12. in pr.* VINN. Por el lugar de Ulpiano se vé que los antiguos disintieron acerca de los manumitidos por cartas ó entre amigos; y que no todos, sino tan solo la mayor parte pensaron que el que manumitia de esta suerte nada hacia; de cuya opinion es tambien Paulo. HEIN.

Eo casu pars amittebatur). Pues perdiendo esta parte el manumisor, y no pudiendo uno de los señores del siervo dar en perjuicio de su sócio la libertad al mismo ni tampoco pudiendo siervo ninguno ser libre tan solo en parte, pues que el estado del hombre es indivisible, necesariamente resultaba que la parte del manumisor, como que no podia ser de nadie acrecia, y se adquiria por el sócio por una razon semejante á la que hace que el usufructo cedido en derecho á un extraño se extinga, y consolide con la propiedad como se ha explicado en el §. *pen. sup. de usuf.*

Per nostram constitutionem mederi). L. 1

C. de com. serv. mand. De modo que lo que antes solo tenia lugar en los militares, lo hizo derecho comun; disponiendo en general que el siervo comun manumitido por uno de los señores se haga enteramente libre, si el manumisor está dispuesto á pagar al otro el precio de su parte. Y no debe distinguirse entre los modos de manumitir; ya porque toda manumision actualmente dá los derechos de ciudadano romano, §. 5. *sup. de libert.*, ya tambien porque el emperador habla en general, *d. l.* 1. §. 1.

Contra communes regulas). Por derecho comun á nadie se obliga á vender ó enagenar de modo alguno sus cosas, *l. invitum.* 11. *C. de contr. empt. l. nec emere* 16. *C. d. jur. del.* De esto, empero, creyó Justiniano deber apartarse en el caso propuesto, en favor de la libertad. Ni esto debe reprendérsele como una innovacion; pues que tambien los antiguos lejisladores dispusieron muchas cosas en favor de la libertad, contra la razon del derecho, *l. generaliter* 24. §. *si quis* 10. *de fideic. libert.* En el §. *ult. sup. de iis qui sui vel al jur.* dijimos varios casos en que se obliga á uno á vender su cosa.

Quod nos definivimus). Para que no se disputase acerca del precio de la parte del dueño no manumisor, Justiniano señaló el valor de los siervos segun su edad y la ocupacion de cada uno, en una escala de diez sueldos hasta setenta, *d. l.* 1. §. *ne autem.* 5. *C. de comm. serv. man. l. ult. C. de cond. incer.*; lo que algunos consideran por no muy bien hecho, creyendo que hubiera sido mejor dejar el señalamiento del precio al arbitrio del majistrado en cada caso particular.

TÍTULO OCTAVO.

A quienes se permite ó no enagenar.

Continuacion y argumento del título.

Hasta aqui se han explicado varios modos singulares de adquirir el dominio de las cosas, ya por derecho de gentes, ya por derecho civil. Entre ellos, el principal y mas conforme á la naturaleza es cuando el señor entrega su cosa á otro de suerte que quiera hacerla del mismo, §. *per traditionem* 40. *sup. de rer. div.* Con todo, como que no todos aquellos que son dueños de una cosa tienen derecho de enagenarla, ni aun de administrarla; y además, como que acontece tambien alguna vez que aquel que no es dueño transfiere el dominio al que recibe la cosa, por cuanto la ley le dá la facultad de enagenarla, Justiniano pensó que debia haber un título especial para manifestar esto; cuyo título lo puso en seguida de los anteriores. Al principio de este título, y en el §. *ult.* pone ejemplos de aquellos que siendo dueños no pueden enagenar sus cosas, y en el §. 1. un ejemplo contrario.

TEXTO.

Summa tituli, de Marito, qui licet fundi dotalis dominus sit, tamen alienare nequit.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit; et contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare; quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cùm enim lex in solis tantummodo rebus locum habeat, quæ Italicæ fuerant: et alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

TRADUCCION.

Resumen del título. Del marido que aunque es dueño del fundo dotal, con todo no puede enagenarlo.

Sucede algunas veces que aquel que es dueño de una cosa no puede enagenarla; y por el contrario otras, que aquel que no es dueño tiene esta facultad. Segun la ley Julia no puede el marido enagenar el prédio dotal contra la voluntad de la mujer, aunque es del mismo lo que se le ha dado por causa de dote, lo que nosotros mejoramos corrijiendo la ley Julia; pues teniendo tan solo esta lugar con respecto de aquellas cosas que estaban en Italia, y prohibiendo la enagenacion que se hacia contra la voluntad de la mujer y la hipoteca de las cosas dadas en dote, aunque la misma consintiere en ella, remediamos

ambas cosas, de modo que tambien esté prohibida la enagenacion de aquellas cosas que están en las provincias de su obligacion; de suerte que ninguna de estas dos cosas pueda tener lugar, ni aun consintiendo la muger; para que la fragilidad del sexo femenino no le irrogue algun perjuicio en su patrimonio.

NOTAS.

Dotale prædium). Es decir, el prédio dotal inestimado; pues que la enagenacion del dado con estimacion está permitida al marido, *l.* 10. §. 4. *D. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.*, como tambien la de las cosas muebles, *l.* 5. §. 2. *D. de suis et legit. l.* 3. *C. de jur. dot. auth. sive á me C. ad Sen. Vell.*

Sexus muliebris fragilitas.) Esto es para que por la fragilidad de su naturaleza no se vean reducidas á una repentina pobreza, *d. l. un.* §. 15.

COMENTARIO.

1. *A la prohibicion de la ley Julia no pertenecen las cosas dotales muebles ni las dadas con estimacion.*
2. *Solo el marido es el verdadero y legítimo dueño de la cosa dotal como se prueba plenamente, refutándose todas las objeciones.*
3. *Cuán latamente se extienda la palabra enagenar segun el sentido de la ley Julia?*
4. *Porqué la ley prohibe mas estrictamente la hipoteca que la enagenacion del fundo dotal?*

Dotale prædium maritus prohibetur alienare). Hé aquí el primer ejemplo con que se manifiesta que aquel que es dueño de una cosa, en ciertos casos no puede enagenarla. Dice *prédio*; luego de ahí se sigue que no está prohibida al marido la enagenacion de las cosas muebles, lo que tambien prueban los textos de las leyes 5. §. 2. *de suis et legit. l.* 3. *C. de jur. dot. l. ult. C. de serv. pig. dat. man. auth. sive á me* §. 1. *C. ad Sen. Vell.*; con tal, empero, que el marido sea solvente, *l.* 1. *C. d. tit. de serv. pign. etc.*; de otra manera se consideraria que no lo hace en fraude de la muger, á la que se considera empezar á deber la dote desde el momento que se vé que los bienes del marido no bastan para satisfacerla, aunque el matrimonio no esté disuelto, *l. si constante* 24. *sol. matr. l. si servum.* 21. *de manum. l. ubi* 29. *C. de jur. dot.* Debemos, con todo, entender el prédio inestimado: pues que las cosas dadas con estimacion, ya sean muebles, ya inmuebles pueden ser libremente enagenadas por el marido (a), segun se deduce de que disuelto el matrimonio no deben restituirse las mismas cosas, sino su precio ó estimacion, *l.* 10. §. *si ante* 4. *de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* Esto, empero, tan solo si la estimacion se ha hecho por causa de venta; pues lo contrario sucederá si se hubiere hecho solo por via de tasacion, para que se sepa el valor de la cosa, como en la *l.* 69. §. 7. *de jur. dot. l.* 50. *sol. matrim. l.* 20. *C. de jur. dot.* Equivócase, pues, sin duda Wesembecio al decir que el marido solo puede enagenar aquellas cosas muebles que no pueden conservarse sin deteriorarse, *arg. l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut.*; pues ciertamente tiene mucho mas derecho el marido que el tutor, y es una viciosa induccion de la *l. res in dotem.* 42. *de jur. dot.* el decir que porque el marido tiene la facultad de enagenar libremente las cosas que constan de peso, número y medida, no la tiene igual con respecto á las demás cosas muebles; pues el jurisconsulto solo quiso enseñar en dicha ley que á la cantidad dada en dote se la considera con el mismo derecho y obligaciones que la dada en mútuo.

Per legem Juliam). Cuya ley vulgarmente se llama la Julia del fundo dotal, *l.* 1. *l.* 4. *de fund. dot.* Dióla Augusto, y es la misma que se llama de los adulterios, como consta por lo que dice Paulo, 2. *sent.* 21.; y por la inscripcion de muchos capítulos en *d. tit. de fund. dot.*; pues que la referida ley entre otros tiene tambien un capítulo acerca el fundo dotal concebido en estos términos: *no se enagene el fundo dotal por el marido contra la voluntad de la muger, ni se obligue, aun consintiendo esta, l. un.* §. *et cum.* *l.* 15. *C. de rei ux. act.* Véase á Brisonio *lib. sing. ad leg. Jul. de adult.*; en donde dicho autor reune y explica cuidadosamente los capítulos de esta ley que están contenidos en nuestro libro. La causa de esta prohibicion es el favor de las dotes; pues que se consideró que convenia al público que las mugeres las conservasen íntegras, para que con mayor facilidad encontrasen otro marido, *l.* 2. *de jur. dot.*; y aunque despues de disuelto el matrimonio están el marido ó sus herederos obligados á restituir la dote; con todo, es mas ventaja para la muger conservar íntegra la cosa, que no haber de entablar una accion personal, segun la *l. plus cautionis* 25. *de reg. jur. l.* 5. *de susp. tut.* Sin embargo la ley no habla de todas las cosas dotales, sino tan solo de los prédios; pues la enagenacion de estos puede ser mas perjudicial á las mugeres á causa de su mayor valor. Y por otra parte si hubiese prohibido tambien la enagenacion de las cosas muebles, fácilmente habria podido suceder que muchos quedasen engañados, siguiéndose de aquí grandísimos inconvenientes.

(a) L. 7. tit. 11. P. 4. vers. *Pero.*

2. *Quamvis ipsius sit.*) En infinitos lugares se dice claramente que el marido es el dueño de la cosa dotal, *l. 1. §. 1. l. dot. 15. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. si prædium 23. C. eod. l. quotiens. 47. §. ult. de peaul.* (a), y que la dote es un título hábil para transferir el dominio, lo propio que la venta, permuta y donacion, segun expresamente se dice en el §. 40. *sup. de rer. div.*; y lo prueba el tit. de las pand. *pro dote*; pues que si así no fuera la muger que entrega al marido por causa de dote una cosa agena no transferiria la facultad de usucapirla, ni se concederia al marido que ha perdido la posesion la accion real publiciana, *l. 3. §. 1. de pub. in rem act.* Lo mismo prueban tambien los efectos propios del dominio, tales como que el marido es el único que vindica la cosa dotal, *l. dote 9. C. de rei vin.*: que instituido heredero por alguno el siervo dotal ade ó repudia la herencia por mandato del marido, *l. servus 58. sol. matr.*; que este puede dar la libertad á dicho siervo, *l. 3. C. de jur. dot.* A esto se añade tambien el que ni aun despues de muerto el marido vuelve el dominio de la cosa dotal á la muger, sino que á una con la herencia pasa al heredero del marido, *d. l. 1. §. 1. de fund. dot.*; por lo que, segun derecho antiguo no competia á la muger una accion real para reclamar la dote, sino tan solo la personal de la cosa uxoria, ó la *ex stipulatu*. Finalmente, si el marido no fuera señor de la cosas dotal, ¿qué necesidad habia de la ley en que se prohibe la enagenacion de dicho fundo al marido? Muy bien, pues los griegos en las *Basil. 47. tit. 1.* dicen τὴν προῖκα ἐν τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κύριος, es decir, el marido es dueño de la dote traida al matrimonio. Sin embargo, no pocas cosas parecen obstar á esta opinion, y asegurar el dominio de la dote á la muger y no al marido. En la *l. quamvis 75. de jur. dot.* se dice que la dote es de la muger. En otras partes se dice que la misma es propio patrimonio de la muger, *l. 3. §. ergo 5. de minor. l. in eum. 16. de rel. et sumpt. fun. l. 4. de collat. l. 7. §. si fundum. 22. sol. matr.* El jurisconsulto habla en *d. l. 17.* de fundo dotal como de una cosa agena respecto del marido, quien en las cosas dotales presta el dolo y la culpa, *l. in reb. 17. de jur. dot.* Tambien se dice que la muger tiene la posesion del fundo dotal de modo que no está tenida á afianzar por esta causa, *l. sciendum 15. §. 3. qui satisd. cog.*; y finalmente, Justiniano dice en general que las cosas dotales permanecen en el dominio de la muger, *l. in rebus 30. C. de jur. dot.* Nuestros autores emplean varios medios para conciliar esta contradiccion. Donelo, *lib. 14. com. 4.* piensa que el marido es dueño únicamente de las cosas estimadas, y de la cantidad dada en dote; pero que la muger lo es de las inestimadas. Volteyo, *hic et 1. dis. schol. 19.* dice que la muger es la señora de la cosa dotal, y que el marido lo es del derecho constituido en dicha cosa. Vando *2. par. quæst. 5.* y Juan del Castill. *de usuf. c. 1.* no conceden al marido mas que el derecho de usufructuar las cosas dotales. Roberto *3. sent. 18.* concede al marido, el dominio de la dote pero le niega la propiedad. Algunos dicen que el marido tiene el dominio bonitario en la dote, pero que el quiritario lo tiene la muger, como Parenoto, *2. animad. 2.* Otros por el contrario piensan que aquel lo tiene la muger y este el marido, como Hotomano. Sin embargo, ninguno de estos autores dá razones suficientes para probar su opinion. La distincion que hace Donelo es manifiestamente defectuosa; pues siendo la dote un título idóneo para transferir el dominio, *d. §. per traditionem 40.*, es necesario que pase al marido, lo propio el dominio de la cosa inestimada dada en dote, que el de la inestimada, ó si fuere agena la cosa, la facultad de usucapirla; lo que tambien se dice expresamente en la *l. 3 §. 1. de pub. in rem act.* Solo hay la diferencia que el dominio del marido con respecto á la cosa dotal inestimada es menos pleno y no es perpétuo, puesto que no tiene la facultad de enagenarla, ni de obligarla si fuese inmueble; y además está tenido á restituir la misma cosa despues de disuelto el matrimonio, pues lo que se dice que la dote es un título perpétuo, *l. 1. de jur. dot.* debe referirse á la intencion del que dá, la que es tal que quiere que perpétuamente quede en poder del marido, pero el dominio de la cosa estimada se transfiere á este plenísima é irrevocablemente, de suerte que solo es deudor del precio, á no ser que la muger se hubiese reservado la eleccion, *l. 11. de fund. dot. l. 5. C. de jur. dot.*, ó que la estimacion se hubiese hecho tan solo por via de tasacion, como poco antes he dicho. Lo mismo sucede cuando se ha dado en dote una cosa fungible, en cuyo caso el marido se obliga lo propio que si la hubiese recibido en mútuo, *l. res in dotem. 42. de jur. dot.* Por otra parte si admitimos la distincion de Donelo, ¿no deberemos confesar que el dominio de la cosa dotal no puede transferirse de otro modo que si se ha contraido venta ó mútuo? Aquel, empero, que afirma [illegible]

(a) D [illegible]

niega simplemente contra la autoridad del derecho que se transfiera la cosa por causa de dote, ó que este sea un título justo para transferir el dominio. Y por otra parte, basta para refutar la opinion de Donelo lo que se dice de que el marido es dueño del mismo prédio que la ley Julia prohibe enagenar, *l. dotale* 13. §. 2. *de fund. dot. et hoc text*; pues la prohibicion de dicha ley ordinariamente se refiere tan solo al fundo dotal no estimado, pues que no pertenece al dado con estimacion sino en algunos pocos casos que arriba indicamos. Tampoco puede admitirse la distincion de Vulteyo, la que se aparta mucho de la razon del derecho. Por la *l.* 7. §. *si res.* 3. *de jur. dot.* se dice hacerse del marido la cosa misma dada en dote y no constituirse algun derecho en ella en favor del marido. En *d. l.* 13. §. 2. *de fund. dot.* y en este lugar se dice que el mismo prédio dotal es el del marido, y que este adquiere su dominio, con cuyo texto y los otros que mas arriba citamos se refuta tambien la opinion de Vaudo y de Castillo. Lyclama 7. *membr.* 26. refuta tambien con muchas razones y de propósito la distincion de Vulteyo, la que dice Roberto ser una mera sutileza, y que es una cosa inaudita el que uno tenga el dominio de una cosa y otro la propiedad. Mas probable parece la opinion de Parenoto; la que, con todo, creo que tambien es falsa, moviéndome á pensar asi el que la distincion del dominio en bonitario y quiritario no proviene del título ó del modo de adquirir, sino de la especie y modo como se transferia la cosa al que la recibia. Asi que, pudo tambien el marido tener la cosa por derecho quiritario; por ejemplo, si hubiese intervenido la mancipacion, ó la cesion en derecho, y pudo tenerla por el bonitario si tan solo hubiese mediado la simple tradicion, y no hubiese usucapido aun la cosa, segun lo que Ulpiano dice en el *tit.* 1. *de libert.* §. *qui tantum.* 11. El marido tiene siempre el dominio bonitario; y el quiritario pleno no siempre, y nunca el nudo; en lo que manifiestamente se equivoca Hotomano, *l.* 7. §. *si res.* 3. *l. quamvis.* 75. *de jur. dot. l. Lucius.* 21. §. 4. *ad. municip.* Un modo hay de conciliar todas estas opiniones y muy sencillo, diciendo que solo el marido es verdadero y legítimo dueño de las cosas dotales, aun de las inestimadas; pero que sin embargo, como que este dominio del marido no es perpétuo, sino que lo pierde, y disuelto el matrimonio vuelve á la muger, á la cual el marido, despues del divorcio, (que entre los romanos tenia lugar muy frecuentemente) estaba obligado á restituir la dote; por esta razon y considerándose esta disolucion y restitucion futura; parece que la dote no tanto se dice del marido como de la muger, de la que se llama patrimonio; y que teniendo en consideracion el mismo caso habla el jurisconsulto algunas veces del marido como que no fuese dueño y casi administrador de la cosa agena, principalmente en el *tit. sol. matrim.* Con cuya razon deberá defenderse tambien lo que dice Justiniano que por solo la sutileza de las leyes se transfiere el dominio de la cosa dotal al marido, pero que naturalmente queda en la muger, *d. l.* 30. *C. de jur dot.*; pues el emperador habla tambien de las cosas estimadas, las que es cierto que pasan al patrimonio del marido con un derecho pleno y perpétuo, *l.* 5. *C. eod.* No es de estrañar que Justiniano hable asi; pues buscó un pretexto para colorar su constitucion, en la que contra la razon del derecho concede una accion real á la muger para reclamar las cosas dotales, ya estimadas, ya inestimadas; lo que sin embargo en union con Bacovio entiendo de la accion útil, la que únicamente se dá á la muger despues de disuelto el matrimonio, subsidiariamente, cuando el marido no es solvente.

In rebus, quœ Italicœ fuerant). La ley Julia, pues, no tuvo lugar en los prédios provinciales, los que puede el marido enagenar libremente; lo que puede con razon parecer absurdo, y principalmente despues de la constitucion de Antonino, en la que se concede el derecho de ciudad á todos los provinciales, *l. in orbe.* 17. *de stat. homin.* pues aunque los poseedores de los prédios provinciales no tenian todo el derecho y el dominio quiritario sobre ellos; con todo, tenian un derecho próximo al dominio, derecho que podian transferir á cualquier otro, y percibian todas las utilidades de los prédios excepto la obligacion que tenian de pagar cierto tributo anual impuesto á los prédios. ¿Por qué causa, empero, se favoreció mas á las mugeres en Italia que en las provincias, cuando en todas partes debe ser igual el favor de las dotes? Por mi parte pienso que no les faltarian á las mugeres otros remedios de que echar mano. Es gracioso lo que dice Gotofredo en sus notas á Teófilo, que segun la ley Julia el fondo situado fuera de Italia no podia enagenarse, ni aun consintiéndolo la muger. VINN. No hubo, empero, necesidad ninguna de prohibir la enagenacion del fundo dotal provincial, pues que el comprador no podia usucapirlo; y por lo tanto, disuelto el matrimonio, siempre podia vindicarse, lo que no sucedia en el fundo itálico. La *l.* 17. *ff. de stat. hom.* no per-

tenece aquí, pues aunque se hizo comun á todo el orbe el derecho propio de la ciudad de Roma, no por ello se quitó la diferencia entre el fundo itálico y el provincial, la que Justiniano abolió posteriormente, *l. un. C. de nud. jur. quir. toll. l. un. C. de usucap. transform.* Hein.

3. *Alienationes inhibebat*). Llámase enagenacion todo acto por el que se transfiere el dominio, *l. 1. C. de fund. dot.* (a). Así pues, no solo se prohibe vender el fundo dotal, si que tambien el donarlo, permutarlo, darlo en solucion ó legarlo, y ni aun en el caso en que lo hubiere legado un militar será válido este legado, segun la ley Julia, *l. dotalem. 16. de testam. mil.* Tambien la usucapion viene comprendida en la enagenacion, *l. alienationis 18. de verb. sing.*; y por esto pertenece tambien á este caso la ley Julia *l. si fundum. 16. de fund. dot. l. si ab. eo. 12. de usuc. l. 7. §. qui sciens 5. pro empt.* No se considera, empero, enagenada propiamente la cosa que subsiste aun en nuestro dominio, á pesar de que se diga vendida, *l. 67. de verb. sign.* En la prohibicion de enagenar consideramos comprendidos tambien aquellos casos en que se transfiere algun derecho real distinto del dominio, *l. ult. C. de reb. al. non alien.*; por lo que, el marido no puede imponer servidumbre al prédio dotal, ni remitir ó perder por el no uso las á dicho prédio debidas, *l. 5. de fund. dot.* De aquí se deduce que no tendria lugar la libertad de la servidumbre debida al prédio urbano dotal por la cesion ó paciencia del marido, á fin de que de este modo no se deteriorase el prédio, *l. 6. eod. tit.*

4. *Hipothecas earum etiam volente ea*). La ley Julia prohibe enagenar los prédios dotales sin consentimiento de la muger, y darlos en prenda, aunque esta consintiere, *l. unic. §. cum lex. 15. C. de rei ux. act.*; lo que se dispuso porque puede la muger ser mas fácilmente inducida á consentir en una obligacion en la que no hay ningun peligro actual, pues que puede esperar que el marido redimirá la cosa, que no á que consienta en una enagenacion por la que al momento se transfiere á otro el dominio de la cosa. Aquello, pues, que la muger podia conceder mas facilmente quiso por esta razon prohibir la ley mas estrictamente; como á cada paso vemos que las leyes solo prohiben aquello que puede hacerse con facilidad, cuando la ley no quiere que aquello se haga; no aquello que dificilmente se verifica. Por esta misma razon el senado-consulto Veleyano favoreció á la muger que se obliga por otro, no á la que dona alguna cosa; á causa de que, segun dice el jurisconsulto, la muger se obliga con mayor facilidad de la con que dona, *l. 4. §. 1. ad senat. Vellejan.* En la misma razon se fundó la ley Fusia Caninia al prohibir la manumision indefinida en testamento, y no entre vivos, *sup. de leg. Fus. Can.*

Utrique remedium imposuimus). Justiniano hizo primeramente extensiva la prohibicion de la ley Julia á los prédios provinciales, *d. l. un. §. et cum lex. 15. C. de rei. ux. act.*; pues que no eran aun de la misma naturaleza que los itálicos; por cuanto esto no se dispuso sino en una constitucion posterior, *l. un. C. de usucap. transf.* Despues prohibió la enagenacion del mismo modo que la hipoteca, de suerte que no pudiera hacerse, ni aun consintiéndolo la muger, lo que permitia la ley Julia, *d. l. un. §. et cum. lex. 16 vers. cum autem.* Con todo, esta prohibicion se cree que no tiene lugar en ciertos casos que enumera Christineo *vol. 3. dec. 155. n. 20. y 28. y sig.*

Ne sexus muliebris fragilitas). La razon porque derogó la ley Julia, no permitiendo que valiera la enagenacion del prédio dotal, ni aun la hecha con consentimiento de la muger fué porque creyó debia socorrerse la facilidad de esta que ó por la fragilidad del sexo, ó por el temor ó afecto que profesa al marido consiente fácilmente en la enagenacion de sus cosas; τί γάρ εἰς ἀπάτην εὐκολώτερον γυναικός, es decir, se sorprende la sencillez ó buena fé de la muger, Liban. *declam. 53.* Los Pontífices, con todo, mandan que subsista semejante enagenacion, si hubiese consentido en ella la muger con juramento, *c. cum contingat. X. de jure jur. c. licet mulieres. eod. in 6.*

TEXTO.

De creditore, qui licet non sit dominus, tamen alienare pignus potest.

1. Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quòd voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti creditorum, et debitorum satis abundeque provisum est.

(a) L. 1. tit. 11. P. 4.

TRADUCCION.

Del acreedor, quien á pesar de que no es dueño puede enagenar la prenda.

Por el contrario el acreedor puede en virtud del pacto enagenar la prenda, aunque esta no sea suya; pero esto tal vez parece hacerse por la razon de que se considera que la prenda se enagena por voluntad del deudor, quien desde un principio pactó que fuese lícito al acreedor vender la prenda, en caso que no satisfaciere la deuda. Mas para que no se impidiese á los acreedores reclamar su derecho, ni pareciese que los deudores pierden sin causa el dominio de sus cosas hemos dispuesto en nuestra constitucion, y prefijado un medio, por el que pueda tener lugar la venta de las prendas, y segun él se ha mirado bastantemente por el bien, así de los acreedores como de los deudores.

NOTAS.

1. *Ex pactione*). Lo mismo sucede aunque no se hubiere puesto pacto ninguno, *l. 4. D. de pign. act.*; pero no puede tener lugar sino prévio el requerimiento, *l. 4. C. de distr. pign. l. 10. C. de pign.* Y aun en el caso en que se hubiese convenido que no pueda venderse, podrá esto verificarse, con tal que hubiesen precedido tres requerimientos, *d. l. 4. de pign. action.*

Qui ab initio pactus). O tambien, aunque no lo hubiere pactado desde un principio, sino despues de algun tiempo, *d. l. 4. D. de pign. action.* Así que, este caso no puede referirse aquí mas de lo que puede referirse el de un procurador que enagena una cosa por voluntad del dueño, §. 42. *sup. de verum. div.* Con mayoria de razon pueden referirse aquí los autores y curadores.

Nostra constitutione). *L. ult. C. de jur. dom. imp.*; en cuya ley se prescribe prolijamente un nuevo modo de vender la prenda, que debe tener lugar cuando nada se hubiere pactado expresamente acerca de esto.

COMENTARIO.

1. *Exígese á lo menos un requerimiento, no solo cuando nada se ha convenido acerca de vender la prenda, sino tambien en el caso en que se ha pactado que fuese lícito el venderla.*
2. *Qué sucederá si se hubiese señalado dia para el pago, y en él no se hubiere este verificado?*

Por el contrario se demuestra en este párrafo que en algunos casos aquel que no es dueño puede enagenar la cosa, con el ejemplo del acreedor pignoraticio. Con mayoría de razon, empero, pertenecen aquí los tutores ó curadores á quienes se les concede la facultad de enagenar las cosas de los pupilos ó adultos, no por el dueño sino por el derecho, *l. bonæ fidei 109. de verb. sign.*; aunque no les esté permitida cualquiera enagenacion ni la de todas las cosas sin decreto judicial, sobre lo que véase la *l. 9. §. sicut. 5. l. 12. §. 1. l. tutor. 22. l. Lucius. 46. §. ult. de adm. tut. l. non. omni. 16. l. lex quæ. 22. C. eod. l. 1.* y á cada paso en el *tit. de reb. eor. qui sub tut.*

Ex pactione). Este lugar pertenece á la enagenacion de la prenda convencional. Dice, *en virtud de pacto.* ¿Qué sucederá, pues, si nada se hubiere convenido acerca de vender la prenda? Tambien en este caso podrá venderse, *l. 4. de pign. act.*; pues esta facultad está inherente á la misma naturaleza de la prenda, y hubiera debido mas bien ponerse este caso que no el en que se enagena la prenda por convencion ó expresa voluntad del deudor, por lo que luego se sigue. En tanto no es necesario el pacto para la enagenacion de la prenda, que aunque se hubiere expresamente convenido que no sea lícito venderla, podrá esto hacerse; con tal que con anterioridad se requiera al deudor que pague y no lo verifique; y esto por tres veces (entre las que medie un justo intervalo que señalará el juez, Negusio *de pign.* 1. Membr. 6. *part. principal. n. 4.* Schneid. *hic. n. 5.*) pues si así no fuere, y si en ningun caso pudiera vender la cosa dada en prenda seria inútil esta para el acreedor; de modo que semejante pacto es contra la naturaleza de la prenda.

1. Ni aun en el caso en que nada se ha pactado acerca de vender la prenda podrá esta enagenarse sin ningun requerimiento; pero entonces bastará uno, *arg. d. l. 4. de pign. act. l. 3. C. de jur. dom. imp. l. 4. C. de distr. pign. l. debitoribus. 18. C. adm. tutor.*; aunque Paulo 2. *sent.* 5., parece que en este caso exije tres; pero pienso con Castrens. en *d. l. 4.* y Schneid. *n. 2.* que tambien se exije un requerimiento en el caso en que expresamente se hubiese convenido que pueda venderse la prenda, puesto que antes de él no es moroso el deudor; y acerca de esto hay un texto expreso en *d. l. 3. §. 1. C. de jur. dom. imp.*; y por derecho antiguo así se observaba, segun se vé por la *l. debitores 10. C. de pignor. y d. l. 4. C. de distr. pign.* Hay, empero, la diferencia de que cuando se conviene que pueda venderse la prenda no se aguarda el término de dos años despues del requerimiento como debe hacerse en los otros dos casos, segun la constitucion de Justiniano, *d. l. 3.*

§. 1. *C. de jur. dom. imp.* Scheid. *hic núm.* 3.

2. ¿ Pero qué deberemos decir de aquel caso en que el deudor es moroso sin interpelacion ninguna? Por ejemplo, si se hubiere señalado dia para verificar el pago, llegado el cual no se hubiere hecho este; pues entonces por solo la llegada del dia el deudor se constituye moroso, segun la comun opinion y conforme á la *l. magnam* 12. *C. de contr. stip.* Schneid. *hic. n.* 1. piensa que en este caso no se exige requerimiento ninguno, y que basta para poder venderse la prenda la morosidad del deudor; cuya opinion parece favorecer la *l.* 8. §. 5. *de pign. act.*; pero parece mas equitativo decir que tambien en este caso se hace necesario un requerimiento; pues no porque para que sea moroso el deudor no se requiera sino que haya llegado el dia, debemos decir desde luego que basta este para poderse vender la prenda; pues que la obligacion de esta es diferente de la principal, y no porque por la morosidad se deban las usuras, y se transfiera al deudor el peligro de la cosa debida será lícito desde luego, sin que preceda requerimiento ninguno vender la prenda con gravísimo perjuicio del deudor. Ni obsta *d. l.* 8. §. 5. *de pign. act.*; pues habla del derecho de vender la prenda que compete en virtud de pacto, cuando no se ha pagado en el dia señalado; en cuyo caso tambien, no solo obrará con mas equidad, si que tambien con mayor seguridad el acreedor, si manifestare al deudor que vá á verificar la venta, para que se libre de toda sospecha de fraude, ni pueda decírsele en ocasion ninguna que ha obrado con dolo en dicha venta, *l.* 7. *C. de distr. pign. l.* 4. *C. si vend. pign. agat. l.* 4. *C. de distr. pign.* Y por otra parte, ¿no hay algunos que piensan ser falso lo que los Doctores establecen como una regla cierta de derecho, que por solo la llegada del dia, sin requerimiento ninguno se constituye el deudor moroso? Ferret. *tract. de mora.* Charond. 3. *verosimil.* 10. Bachov. *in treutl. disput. de usur. th.* 7.; aunque á los argumentos de estos autores me parece haber sólidamente respondido Guillel. Masio. *sing. opin. lib.* 2. *c.* 4.

Quamvis ejus ea res non sit). La prenda queda en los bienes del deudor, *l. pignus.* 9. *C. de pign. act.*; pues en dicho contrato no se conviene que se enagena la cosa, sino que se obliga al acreedor para seguridad del crédito.

Qui pactus est, ut liceret). Este caso no puede referirse aquí mas de lo que puede referirse el del procurador, á quien hubiere el dueño encomendado especialmente que venda y entregue á otro alguna cosa; pues no hay diferencia ninguna entre que se entregue esta por el mismo dueño con objeto de transferir el dominio, ó por otro con su voluntad, §. *nihil* 42. *sup. de rer. div.*

Nostra constitutione consultum). Antiguamente era mas lata la facultad de vender la prenda, y Justiniano la limitó de suerte que los acreedores no tuviesen motivo de quejarse, aunque se concedia á los deudores el suficiente espacio para satisfacer su deuda. En resúmen, la constitucion de Justiniano, que es la *l. ult. C. de jur. dom. imp.* dispone que si no se hubiese convenido nada acerca de vender la prenda (pues que si esto hubiese tenido lugar debe observarse en la venta lo pactado) tenga el acreedor el derecho de venderla, pasado un año despues del requerimiento; y sino hubiere comprador advierta al deudor para que redima la prenda dentro de cierto tiempo, ó sino estuviere presente le señale el juez un término dentro del cual pueda hacerlo. Intentado esto, pero en vano, puede el acreedor pedir al príncipe la facultad de poseer en vez del dueño, impetrada la cual se concede aun el espacio de dos años al deudor, para que dentro de este término pueda satisfacer al acreedor la deuda y sus intereses, y redimir la prenda: pasado, empero, este tiempo sin haberlo verificado es el acreedor legítimo dueño de la prenda. El objeto de la venta de la prenda es el satisfacerse el acreedor con el precio que de ella se saque; y el que escediere de él debe restituirlo, estando obligado á ello por la accion pignoraticia; y por el contrario, por lo que le faltare tiene una accion contra el deudor ó su fiador, *l.* 6. *de pign. act. l.* 9. §. 1. *de distr. pign. l.* 5. *C. eod.* Finalmente, debe saberse que si el mismo acreedor no poseyere la prenda, sino el deudor ú otro, debe reclamar la cosa primeramente por medio de la accion hipotecaria, y pasar en seguida á su venta, Wesembecio *parat. de distr. pign. n.* 1. y 10.

« En España cuando al constituirse la « prenda se señaló dia para pagar, pactán- « dose que si no se pagare, pueda en llegan- « do el dia convenido venderse la prenda, « no basta que llegue el dia para que pueda « verificarse esta venta, sino que en este caso « es todavía necesario un requerimiento que « se debe hacer al deudor si estuviere pre- « sente en el lugar de la venta, ó á sus do- « mésticos si estuviere ausente. Mas si el re- « querimiento no pudiere hacerse por alguna « causa, podrá el acreedor vender la prenda, « pero deberá hacerlo en pública almoneda, « *L.* 41. *tit.* 13. *P.* 5. Empero, si no ha me-

« diado pacto de vender la prenda, no podrá « la venta hacerse hasta que pasen 12 dias, « cuando la prenda consiste en una cosa « mueble ó 30 si fuere inmueble, cuyos tér« minos se deben contar desde el dia en que « se hizo el requerimiento. Finalmente, si al « contraer la prenda han pactado los contra« yentes que nunca pueda venderla el acree« dor, podrá no obstante eso ser vendida sin « que se haga caso de semejante pacto, aun« que solo pasados dos años despues de tres « requerimientos, *d. l. 41.* y tanto en este « caso como en el anterior la venta debe ha« cerse en pública almoneda. »

TEXTO.

De pupilo, qui licet dominus, non tamen sine tutoris auctoritate alienare potest.

Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.

TRADUCCION.

Del pupilo que aunque es dueño, no puede enagenar sin la autoridad del tutor.

Debemos advertir ahora que ni el pupilo ni la pupila pueden enagenar cosa alguna sin la autoridad del tutor; por lo que, si dieren en mútuo sin la autoridad del tutor, no contraen obligacion, porque no hacen el dinero del que lo recibe; y así podrán vindicarse las monedas en cualquier parte que existan. Pero si el dinero que dió el menor en mútuo hubiere sido consumido con buena fé por aquel que lo recibió podrá reclamársele por la condicion personal; si, empero, lo hubiere consumido con mala fé, podrá entablarse contra él la accion ad exhibendum.

NOTAS.

2. *Ideoque si mutuam pecuniam*). Del género á la especie; pues la dacion en mútuo es una enagenacion, *l. 2. §. 2. l. 16. l. pen. D. de reb. cred. l. 9. prin. de auct. tut.*; como tambien en su primitivo significado, *l. 1. C. de fund. dot.* Así lo piensan todos los intérpretes, y últimamente Fabroto y Grocio *in suars. flor.*

Bona fide consumpti). La consuncion hecha con buena fé produce el mútuo, naciendo de ella la condicion, *l. 19. §. 1. D. de reb. cred.*; y lo mismo se observa en el dinero ageno dado en mútuo, *l. 11. §. ult.* con las 2. *ll. sig. eod.*

Si mala fide, ad exibendum). Pues aquel que consume con dolo malo se considera lo mismo que si no lo hubiese consumido; pues el dolo hace las veces de posesion, *l. 131. 150. de reg. jur.*

COMENTARIO.

1. *Las cosas que se dan en mútuo se enagenan, acerca de lo cual se pone una conversacion tenida con Salmasio.*
2. *Cuándo se consideran consumidas las monedas?*
3. *El mútuo no se confirma con la consuncion del dinero hecha con mala fé.*
4. *Por qué en el caso en que se haya consumido con mala fé solo se hace mencion aquí de la accion* ad exibendum, *enmendando el error de Cujacio?*

Vuelve otra vez el emperador á tratar de aquellos que siendo dueños no pueden enagenar sus cosas; y hace mencion del pupilo. Pero hay otros varios que se encuentran en el mismo caso, pues los menores que tienen curador tambien pertenecen aquí, *l. 3. C. de rest. in int. l. lex quæ. 22. C. de adm. tut.*; y tambien aquel á quien se ha privado de la administracion de sus bienes, el que cuando trata de obligarse, de enagenar o disminuir su patrimonio se equipara el furioso, *l. 6. de verb. obl. l. 12. in fin. de tut. dat.*; y tambien todos los demás que por un defecto ó enfermedad del cuerpo están bajo curaduría y no tienen la administracion de sus cosas, acerca de los cuales se habla en el *§. 4. sup. de curat. l. 8. §. 3. d. l. 12. in pr. de tut. et cur. dat.* Tampoco el hijo de familias puede enagenar los bienes adventicios cuyo usufructo tiene el padre, *l. ult. §. ipsum. 5. vers. filiis. C. de bon. quæ lib.* Algunas veces el titulo en virtud del cual se entrega la cosa impide la enagenacion, como por ejemplo la donacion entre el marido y la muger, *Pand. et Cod. eod. tit.*

Sine tutoris auctoritate alienare). La enagenacion hecha por el pupilo sin la autoridad del tutor es nula *ipso jure*; pues que sin esto no puede aquel obligarse, *l. 9.* y á cada paso en el *tit. de auct. tut. l. 11. de acq. rer. dom.* (a). Con todo, con la autoridad del tutor puede el pupilo obligarse, si ha salido de la infancia, y enagenar sus cosas, *d. l. 9. l. 5. de reg. jur. §. pupillos 9. inf. de inut. stip.* (b); aquellos se entiende cuya enagenacion no requiere el decreto

(a) L. 17. tit. 16. P. vers. *Otrosi.*
(b) D. l. 17. d. vers.

judicial; pues antiguamente no se podian enagenar sin decreto del majistrado los prédios rústicos de los pupilos; lo que despues se hizo extensivo á todos los otros (a), hasta á aquellas cosas muebles que se pueden guardar sin deteriorarse, *l.* 1. *et tot. tit. de reb. eor. qui sub tut. et tit. C. de pret. et al. reb. min. sine dec. non al. d. l. lex quæ* 22. *C. de adm. tut.*

Ideoque si mutuam pecuniam, etc., non contrahit obligationem). Del género pasa á la especie. El pupilo no puede enagenar cosa ninguna sin la autoridad del tutor; luego en el caso en que dé dinero en mútuo no lo hace del que lo recibe; lo que hace que no se contraiga la obligacion del mútuo, ni competa al pupilo la condicion de este contrato; puesto que no nace la obligacion, sino en el caso en que el dinero se hace del que lo recibe, *l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Supone, pues, el Emperador que lo que se dá en mútuo se enagena, ó lo que es lo mismo que la dacion en mútuo es una especie de enagenacion; lo que tambien en otras partes se dice del mismo modo, *l.* 9. *pr. de auct. tut. l.* 46. *l. pen de reb. cred.*, y es tan claro como verdadero, puesto que todo acto por el cual se transfiere el dominio es verdadera y propiamente una enagenacion, *l.* 4. *C. de fund. dot.*, y sin que esta medie no puede hacerse que uno se desprenda del dominio de una cosa, y por medio de la tradicion lo transfiera á otro. Es cierto, empero, que las cosas que se dan en mútuo dejan de ser del que las dá, y se hacen del que las recibe, ó sea agenas; de modo que no pueden vindicarse ni arrebatársele á este último, *l.* 35. §. 4. *de donat.* Y no dejan de enagenarse porque el mutuatario se obligue á restituir una cosa del mismo género, por ejemplo, trigo en vez de trigo, ó vino por vino; pues por lo que hace á la enagenacion de lo que se dá ¿qué diferencia hay entre que, por ejemplo, se me entregue una cantidad de trigo con la condicion de que á mi vez dé por el otra cantidad de vino ó aceite, como sucede en la permuta, y entre que se entregue el trigo con la condicion de que vuelva otra cantidad de trigo, como acontece en el mútuo? Es, pues, por lo tanto, la dacion en mútuo una enagenacion, en su primitivo significado; y así lo sienten todos los intérpretes, y últimamente Fabroto en sus notas á Teófilo, y Grocio *in spars. flor.* Acerca de lo cual hablando con el sábio é incomparable Salmasio me confesó que en realidad se enagenaba la misma cosa que se daba en mútuo; pero negando que de ahí resultase que el mútuo era una enagenacion, á no ser materialmente hablando; pero que en propiedad y *formaliter*, el acto no podia llamarse enagenacion, á causa de que en él no tenia lugar enagenacion ninguna de la cantidad dada, ó sea del capital, que fuese una cosa diferente de la especie dada que consume el deudor, y en la que propiamente consistia la esencia del mútuo, como muy bien habia manisfestado. Habiendo, empero, llegado un tercero se interrumpió nuestra conversacion. Puede, con todo, admitirse el parecer de Salmasio, si bajo las palabras *mio* y *tuyo* se comprenden, como se hace algunas veces, la obligacion y la accion, *l.* 4. *quid. cert. loc. l. repetitio.* 44. *de cond. ind. l.* 6. §. *apud Labeonem* 6. *quæ in fraud. cred. l.* 91. *de verbor. sign.* Con todo, propiamente hablando, ni la misma cantidad se hace nuestra, pues ni lo que se nos debe, como sucede en un crédito, es propiamente nuestro, *l.* 27. §. 2. *l.* 54. *princ. de aur. arg. mund. leg.* Boet. *in top. lib.* 2. dice: *el dinero debido no es nuestro, sino de los deudores*; y así tambien se dice en la *l.* 4. *de lib. leg.* Por esta razon el acreedor no tiene la vindicacion del capital, sino tan solo la condicion, en virtud de la que reclama, por ejemplo, que se le deben dar ciento; y nadie reclama por una condicion personal una cosa suya, que dice que debe dársele, §. 14. *inf. de act. l. ult. in fin. usuf. quem. cav.* No malamente define Cujacio el mútuo, diciendo que es una enagenacion del dinero bajo la condicion de volver otra tanta cantidad, *parat. C. si cert. pet.*

Vindicari nummi possunt, sicubi extant). Un pasaje semejante se encuentra en la *l.* 11. §. *ult. de reb. cred.*; pero se dirá que acerca del pupilo se ha respondido que no puede enagenar á no ser con la autoridad del tutor, ni la posesion natural, *d. l.* 11. *de acq. rer dom.*; y que por lo tanto no es conforme á la razon del derecho que el poseedor tenga la vindicacion contra aquel que ni naturalmente posee; pero á esto se responde que para que tenga lugar la vindicacion basta que otro posea la cosa, de cualquier modo que esto sea, y la pueda restituir, *l.* 9. *de rei vind.*; y que por lo tanto, el pupilo, aunque no pueda con la intencion dejar de poseer, puede con todo dejar de hacerlo corporalmente, y sin la autoridad del tutor transferir de hecho la posesion á otro, *l. possessionem* 29. *de acq. poss.*

Bona fide consumpti). No es extraño que en ningun autor se encuentren mas abundantes y mas curiosos errores que en los e-

(a) L. 18, tit. 16. P. 6.

critores de notas, puesto que no tienen tiempo de corregirlas ni enmendarlas. Gotofredo en la *l.* 9. §. 2. *de auct. tut.* dice que se entiende consumido el dinero en el caso propuesto, cuando aquel que lo recibió lo dió á otro, ó lo dió en solucion, y emplea para esto el argumento de la *l.* 19. §. 1. *de reb. cred.*, en cuyo lugar se niega y con razon esto mismo; pues la dacion en pago ó en mútuo no hace que por esto deje de existir el dinero, y conste de él ciertamente. Mientras, empero, exista y de cierto se sepa de él, no puede decirse consumido; y en poder de cualquiera y en cualquier parte en que se halle se considera de la misma naturaleza, y del mismo dueño; quien por lo tanto podrá vindicarlo como luego dice el Emperador.

2. ¿Cuando, empero, se considera consumido el dinero? Cuando uno usa de él de modo que desaparezcan las monedas que se han dado; lo que acontece en primer lugar extinguidas las mismas; por ejemplo, si uno con el dinero recibido formase un vaso con cuyo hecho se extingue el dinero. No obsta la distincion del §. *cum ex aliena.* 25. *sup. de rer. div.*; pues que el vaso hecho de monedas de oro ó plata, aunque pueda reducirse otra vez al estado de oro ó plata, no puede volverse á la primitiva especie ó moneda. Es verdad que pueden por autoridad del príncipe acuñarse del mismo metal otras monedas del mismo valor y figura que las anteriores; pero en este caso se consideraría una nueva especie, no la que antes existia. Tambien se considera consumida, existiendo íntegras las mismas monedas, por ejemplo, si uno hubiere mezclado las que ha recibido con otras, de modo que no puedan distinguirse; pues tambien de este modo se hace dueño aquel que las recibe, *l.* 78. *de sol.* Don. en la *l. rogasti* 11. §. *ult. d. t. n.* 9.

3 Dice, *con buena fé.* Lo que, pues, en *d. l. non omnis* 19. *l.* 1. *de reb. cred.*, y en algunos otros lugares semejantes se dice simplemente, que si el pupilo diere dinero en mútuo sin autoridad del tutor, despues de cosumido nace la condicion del mismo contrato, deberá interpretarse por lo que en este lugar se dice, y tambien en *d. l. rogasti* 11. §. *ult. d. tit. l.* 9. §. 2. *de auct. tut.*; de modo que se entiende consumido con buena fé por el mutuatario, esto es ignorando este que era pupilo aquel que se lo dió. Se funda esto en la razon del derecho por la cual lo que se ha consumido con dolo malo se considera en el derecho lo mismo que si aun subsistiese, y no se hubiese consumido, *l. qui dolo* 131. *l. parem.* 150. *de reg. jur.*, y por lo tanto no concediendo el dominio la consuncion de mala fé, tampoco se confirmará el mútuo con la misma, Don. *d. loc. n.* 7. Lo que, empero, Bacovio piensa que no obsta la mala fé; ni impide que se adquiera el dominio por medio de la consuncion, y que con todo solo por la consuncion de buena fé se confirma el mútuo que al principio no valía por la inútil entrega del dinero, me parece enteramente destituido de razon. Y la opinion de Bacovio de que por medio de la consuncion y otros modos semejantes de adquirir se adquiere el dominio sin consideracion á la buena ó mala fé, aun fuera de la accesion, la he refutado mas arriba en el §. *cum ex aliena* 25. *de rer. div.*

Condici possunt). Lo que se conserva en el dinero ageno dado en mútuo, de modo que consumido el mismo con buena fé, aquel que lo dió tenga la condicion del mútuo, *l.* 11. §. *ult.* con las 2. *ll. sig. de reb. cred.* se observa tambien respecto de aquel dinero que siendo del mutuante, no tenia este facultad de enagenar sus cosas, como es el pupilo. Así que, si este diere en mútuo una cantidad sin la autoridad del tutor, consumido el dinero adquirirá la condicion del mismo contrato, *l. non omnis* 19. §. 1. *de reb. cred.*: y el efecto del dinero entregado desde un principio, se observa tambien en el cuasi entregado y consumido con buena fé; por lo que se dice muy bien que lo que en un principio no valia por la simple numeracion, se confirma despues con la consuncion de buena fé. Véanse los DD. en *d. l.* 11. §. *ult. l.* 19. §. 1.

4. *Si mala fide, ad exhibendum*). Pienso, con todo, que en el caso propuesto no se dá la condicion de mútuo, porque la consuncion de mala fé no produce el dominio, como poco antes hemos probado, sino la condicion sin causa; la que es sabido que se dá por los frutos consumidos, aun contra los ladrones, *l.* 3. *C. de condit. ex leg. l.* 4. *C. de crim. exp. hær.* Dice, *ad exibendum.* Cujacio dice que tambien se dá la accion real, pues la mala fé produce los mismos efectos que la posesion; pero dice que es la útil y la *ad exibendum* es directa: por lo que es mas útil entablar esta que no aquella. Esto, empero, es falso, y lo dijo con alguna lijereza; pues lo mismo puede darse la accion directa *ad exibendum* contra aquel que deja de poseer, que la accion directa real; puesto que la misma facultad tiene de exhibir que de restituir la cosa. Del mismo modo, empero, que entrambas acciones son directas contra el que posee una cosa mueble, así son útiles contra aquel que dejó de

poseerla con dolo malo; pues el que este sirva de posesion no es en realidad, sino por una interpretacion y ficcion del derecho que dá lugar á la accion útil. ¿Porqué pues hizo tan solo mencion de la accion *ad exibendum?* Porque el actor con la accion útil *ad exibendum* consigue siempre el todo que le interesa, §. 3. *inf. de off. jud.*, ó se le permite que estime la cosa con juramento, como sucede en la misma accion directa, si el poseedor por contumacia no exhibe la cosa; en cuyo caso es sabido que el poseedor es condenado conforme al juramento *in litem* del demándante, *l.* 3. §. 2. *ad exhib.* Consiguiendo pues con este juicio petitorio lo mismo que conseguiria con la vindicacion de la cosa, no hay razon para que entable otra accion. Asi tambien en un caso semejante el jurisconsulto, *l.* 11. §. *ult. de reb. cred.* dice: *El dinero puede vindicarse si existe, pero si ha dejado de poseerse por dolo malo podrá obrarse* ad exibendum. En vano Donelo trata de enmendar este pasaje.

TEXTO.

2. At ex contrario omnes res pupillo et pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari posunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatus ex suggestione Triboniani viri eminentissimi. Quæstoris sacri palatii nostri promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat. Quo subsecuto, si et judex pernuntiaverit, et debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter quam disposuimus, solutio facta fuerit pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eandem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumpserit, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur: quia temere sine tutoris auctoritate, et nom secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis: quum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

TRADUCCION.

Por el contrario, empero, puede darse cualquier cosa al pupilo ó pupila sin la autoridad del tutor. Por lo que, si el deudor paga al pupilo es necesaria la autoridad de tutor; de otra suerte no se libra. Por una razon evidentísima se ha dispuesto esto en la constitucion, que por consejo de Triboniano, varon eminentísimo, Cuestor de nuestro sacro palacio, dirijimos á los abogados Cesarienses, en la que se dispuso que fuera permitido al deudor pupilar pagar al tutor ó curador, con tal que primeramente se le permita esto en una sentencia judicial, dada sin coste ninguno; despues de lo cual si el juez sentenciare y el deudor pagare, adquiere este una plenísima seguridad por esta solucion (a). Empero si esto se hiciere de otro modo del que dispusimos, y tiene el pupilo íntegro el dinero ó se ha hecho con él mas rico; y á pesar de esto pide la misma cantidad, podrá ser removido por la excepcion de dolo malo, pero si la hubiere consumido malamente, ó perdido por hurto ó fuerza, en nada le aprovechará al deudor la excepcion de dolo malo, sino que á pesar de ella será condenado, porque lijeramente pagó sin la autoridad del tutor y no conforme á nuestra disposicion. Pero por el contrario los pupilos ó pupilas no pueden pagar sin la autoridad del tutor, porque lo que pagan no se hace del que lo recibe, por cuanto no pueden enagenar cosa alguna sin la autoridad del tutor.

NOTAS.

3. *Plenissima securitas*). De suerte que en este caso no tiene lugar la restitucion *in integrum*; cuyo beneficio no excluye la sola intervencion de la autoridad del tutor ó curador, *tit. C. si tut. vel cur. int.*

Salvam habeat aut locupletior). *L.* 15. *t.* 47. *l.* 66. *D. de sol. l.* 4. §. 4. *de dol. exc. l.* 14. *D. de cond. ind. l.* 57. *de reg. jur.* No debe el pupilo aprovecharse del derecho para enriquecerse injustamente con detrimento ageno, *l. pen. in fin. de reb. eor. qui sub tut.* Cuando se considera mas rico y en qué tiempo debe considerase, puede verse en la *l.* 4. *D. de except. d. l.* 47. *pr. et.* §. 5. *de solut.*

Malè consumpserit). Teófilo dice [illegible] [illegible], esto es, si lo hubiere prodigado por lujo.

Aut vi). Estas palabras faltan en los verdaderos códigos, y no se encuentran en Cujacio, Hotomano ni en Teófilo.

Nullius rei alienatio). Este argumento es del género á la especie. Adviértase que la solucion es una especie de enagenacion, *d. l.* 9. §. 2. *de auct. tut. l. pen. D. de reb. cred.*

COMENTARIO.

1. *El deudor que paga al pupilo sin la autoridad del tutor no se libra, aunque transfiere el dominio de la cosa dada en pago.*
2. *Puede pagarse, aun sin la autoridad del tutor al pupilo, en quien se ha conferido la solucion.*
3. *Cual es el sentido de las palabras de este §.,* [illegible] tutori vel curatiori, etc.
   El pupilo ó adulto no es restituido contra la solucion hecha del modo prescrito por Justiniano.
5. *Qué sucede si el pupilo conserva íntegro el dinero que se le ha satisfecho sin la autoridad del tutor* [illegible]
6. *De quién es el peligro del dinero que el pupilo* [illegible] *en mútuo ó en solucion sin la autoridad del tutor*

(a) L. 4. tit. 14. P. 5.

Sine tutoris auctoritate dari). El pupilo para adquirir no necesita de la autoridad del tutor, *l.* 11. *de acq. rer dom* pues siempre puede mejorar su condicion, *sup de auct. tut. in prin.*

Ideoque si debitor). Hotomano y Wesembecio piensan que en vez de *ideoque* debe leerse *quamquam*, por cuanto no hay aquí conclusion ninguna de la anterior proposicion, sino que es una proposicion del todo diversa, y una excepcion de la regla precedente; á no ser que digamos que en esto debe sobreentenderse que, aunque puede darse cualquier cosa al pupilo sin autoridad del tutor, esto se hace de modo que el pupilo no se obligue por ello ni pueda enagenar ni remitir su obligacion. Otros dicen que esta ilacion se saca, no del próximo período sino del anterior del párrafo precedente al principio; en el que se dice que el pupilo no pueda enagenar cosa ninguna sin el tutor; pues de ahi se sigue que no puede pagarse al pupilo sin la autoridad del tutor; porque admitida la solucion se libra el deudor, y el pupilo enagena y extingue la obligacion y accion que tenia, *l. pupillo* 15. *de solut.* Para apoyar mas su opinion hacen un párrafo solo de estos dos. VINN. Tal vez estaba escrito *Alioqui si debitor pupillo solvat.*, y los impresores ó aquellos que tenian á su cargo la correccion mudaron aquella partícula en *ideoque*, porque vieron que *alioqui* estaba repetido despues. HEIN.

1. *Si non solverit auctoritate tutoris, non liberabitur*). Aunque transfiere el dominio de la cosa dada en solucion; pues del mismo modo que aquel que contrata con el pupilo se obliga con este, aunque este no se obligue para con él, *sup. de auct. tut. in pr. l. Julianus* 13. §. *si quis.* 29. *de act. emp.*; así tambien aquel que quiere disolver una obligacion pagando al pupilo, aunque por la solucion transfiere el dominio al pupilo, con todo no se libra de este; pues que no puede contraer ni disolver obligacion ninguna, *d. l.* 15. *de solut. l.* 5. *de reg. jur.* Así que, si el deudor quiere librarse deberá pagar al pupilo con la autoridad del tutor, ó bien á este; pues que en entrambos casos tiene lugar la liberacion *ipso jure.*

2. Entiéndase, empero, aquí que sea el pupilo el acreedor, pues que si tan solo se hubiere designado para hacer en su persona la solucion, esto es, si se le hubiese conferido la solucion; por ejemplo, si uno hubiere estipulado que se le diese á él ó á Ticio pupilo, se librará el promitente pagando á este, aun sin la autoridad del tutor, *l. si stipulatus* 11. *de solut.*; á causa de que por semejante estipulacion no adquiere el pupilo ningun derecho ni obligacion. La solucion debe entenderse en este caso como que se hubiese hecho al mismo acreedor, quien quiso que se le pagase de este modo, *l. si ita estipulatus* 59. *d. tit.*; acerca de lo cual hablaremos de propósito mas abajo en el §. *si quis alii* 4. *de inut. stip.*

In constitutione quam ad Cæsarienses advocatos). Envióse esta constitucion á Juan prefecto del pretorio, pues habla de la ley *sancimus* 24. *C. de adm. tut.*, segun manifiestan las mismas palabras de esta constitucion que han sido trasladadas aquí. Dícese aquí que fué promulgada para los abogados de Cesarea á causa de que fué dada á consulta y pregunta de los mismos, como lo prueban muchas otras constituciones, *l. ult. C. de pact. l. si major.* 12. *C. de legit. hær. l. si fidejussor* 27. *C. de fidejus. l. optimam* 14. *C. de cont. stipul.* y el §. *item verborum* 12. *infra de inut. stip.*; todas las que fueron dadas por diversas consultas y cuestiones propuestas por el colejio de abogados de Cesarea, y enviadas al mismo Juan, prefecto del pretorio, á causa de que dichos abogados estaban al mismo sujetos. Entiéndense aquí los abogados de la ciudad de Cesarea; no de la Cesarea de Capadocia segun piensan Balduino, Cujacio y Fabroto, sino de la de Palestina como aparece claramente por dicha ley 27. *C. de fidejus.*, en la que al mismo colejio de abogados, que á cada paso se llama Cesariense se le dá el nombre de Palestino.

3. *Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere*). Este modo de hablar es muy embrollado y debe construirse y ordenarse de este modo: *Ita licere* (esto es, *permitti, jus esse*) *debitorem pupillarem solvere tutori vel curatori, etc.* pagar; esto es, dar lo que se debe. Teófilo dice ποιήσασθαι τὴν καταβολὴν, es decir, *hacer la paga ó solucion* Antonio Fabro, 13. *conject.* 13. *et jurisp* 12. *pr.* 7. *illat.* 45. dá otro sentido á esta cláusula, como que estuviese concebida de este modo: *Ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli vel adulti absolvere et liberare* (á saber, á aquel que pagó antes al pupilo ó adulto sin la autoridad del tutor ó curador, ó bien cuando aun no lo tenian) *si prius judicialis sententiæ, etc.* Pero además de que este modo de hablar no es óbvio ni tampoco el decir que *solvere debitorem* significa librar de la obligacion, aunque en varios lugares se encuentra que se dice del deudor *solutus* en vez de librado, *l. decem* 116. *de verb. obl. l. si ex pluribus* 16. *de accept.* repugna aquella exposicion de Fabro manifiestamente al

sentido y á las palabras de Justiniano, las cuales violenta para que no parezca que obstan á lo que él finje contra el sentido verdadero y recibido que es este: aunque se haya hecho la solucion al mismo tutor, ó al pupilo con su autoridad, y con esta solucion quede libre el deudor *ipso jure*, con todo si el dinero hubiese sido mal consumido ó mal empleado, tiene el pupilo si el tutor no es solvente la restitucion *in integrum*; á no ser que hubiese intervenido sentencia judicial (a), *l.* 1. *C. adv. sol. l.* 2. *C. si tut. vel. cur. int.* Gomez 2. *resol.* 14. *n.* 4.

Si prius judicialis sententia). Exceptúanse los réditos anuales y las pensiones que se pagan á los menores con la autoridad del tutor, ó bien á este sin autoridad del juez, *d. l. sancimus* 25. *C. de admin. tut.*; puesto que seria muy incómodo el haber de acudir cada año al juez, y perjudicial al mismo menor el diferir la solucion de aquello que ordinariamente sirve para su alimento; lo que, con todo, limitó despues Justiniano al caso en que no excediesen de dos años ó de la suma de cien sueldos, *l. constitutionem* 27. *C. d. tit.*

Sine omni damno). Esto es, segun interpreta Teófilo, sin ningun gasto ni impensas por los honorarios de los jueces, escribanos ó alguaciles, pues seria injusto cargar con las costas al deudor por causa del acreedor.

4. *Sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas*). De suerte que contra la solucion hecha por decreto del juez no es oido el menor que pide ser restituido *in integrum*. A lo que no obsta que el mismo menor sea restituido contra la venta hecha por decreto del juez, *l.* 11. *C. de præd. min.*; pues que el deudor está obligado necesariamente á pagar, y el comprador puede dejar de comprar. Por derecho antiguo se abservaba que verificada la solucion por decreto del juez quedase plenamente libre el deudor del menor; y tenia esto lugar aun en el caso en que se hubiese pagado al menor con decreto del juez, y no teniendo curador, *l.* 7. §. 2. *de minor.* Con todo, tambien se libraba el deudor *ipso jure*, si se verificaba la solucion al tutor ó curador, auque fuese sin autoridel del juez; solo que en este caso podia tener lugar la restitucion *in integrum* siempre que el dinero hubiese sido mal empleado, y el tutor ó curador no fuese solvente. Despues, empero, de la constitucion de Justiniano parece deber decirse que la solucion hecha sin autoridad del juez, ó bien no libra *ipso jure* al deudor aunque haya intervenido el tutor ó curador; ó bien si le libra está menos seguro en este caso que antiguamente, pues que antes debian ser reconvenidos por la accion ordinaria los tutores y curadores, y solo en el caso en que estos fuesen insolventes tenian los menores un remedio extraordinario; pero actualmente deben imputarse á sí mismos los deudores el no haber verificado la solucion segun el modo prescrito en la constitucion de Justiniano.

Pecuniam autem salvam habeat). Aunque el pupilo puede, ó *ipso jure* ó por la restitucion *in integrum* pedir el mismo dinero despues de hecha la solucion sin autoridad del tutor ó del juez; con todo, si existe el mismo y lo tiene en su poder el pupilo podrá ser removido por el deudor con la excepcion de dolo malo, á causa de que intenta conseguir un lucro injusto contra la buena fé, *l. pupillo* 15. *de solut. l. bona fides* 57. *de reg. jur. l. pen.* §. *de reb. eor qui sub tut.* Del mismo modo, despues de consumido el dinero si se hubiere hecho mas rico, y lo pidiere de nuevo, será repelido por la excepcion dicha para que no se enriquezca con detrimento ageno contra lo que naturalmente es justo, *l.* 4. §. *si quis* 4. *de dol. mal. exc. l. in pupillo* 47. *de solut. l. nam hoc.* 14. *de cond. ind.*; por cuya causa está recibido que esté obligado por todos los negocios en cuanto se ha aumentado su patrimonio, de modo que no es extraño que si se ha enriquecido por la solucion, sea removido por la excepcion si pidiera la deuda de nuevo, pues que compete contra él si se ha hecho mas rico la accion *negotiorum gestorum*, *l.* 3. §. *pupillos l.* 6. *in pr. de neg. gest. l.* 5. *in pr. et* §. 1. *de auct. tut. naturaliter* 13. §. 1. *de cond. ind.*

Aut ex ea locupletior). Se entiende que se ha hecho mas rico el pupilo si ha comprado con el dinero de la solucion alguna cosa para sí, la que tiene actualmente, *l.* 4. *de except.*; ó si de cualquier modo lo ha invertido en su utilidad, *l. si pupilli* 66. *de solut.* Tambien se considera haberse hecho mas rico si hubiere comprado una cosa necesaria para él mismo, la que de otra suerte hubiera debido comprar de dinero suyo, aunque se hubiese extinguido antes de la litis contestacion, porque hubiera perdido otro tanto dinero del suyo, aunque no hubiera recibido el que se le ha dado en solucion, *l. in pupillo* 47. §. 1. *de solut.* Para saber, empero, si el pupilo se ha hecho ó no mas rico, se atiende al tiempo en que se obra, ó sea al de la litis contestacion, *d. l. in pupillo* 47 §. 1. *l.* 4. *de except. litis* 37. *de neg. gest.*

(a) L. 4. tit. 14. P. 5.

Quod si malè consumpserit). Si el pupilo á quien se ha pagado sin autoridad del tutor ó del juez no conserva el dinero ni se ha enriquecido, sino que lo ha consumido malamente, no tendrá el deudor la excepcion de dolo malo, sino que estará tenido á pagar de nuevo la misma cantidad. Con todo, si el pupilo aun tiene parte del mismo, ó la ha invertido en utilidad suya, le aprovechará al deudor la excepcion de dolo malo, de modo que no sea condenado sino en lo que no tiene el pupilo. De lo que he dicho podemos entender lo que quiere decir Acursio cuando en la *l.* 7. §. 2. *de minoribus* escribe que el deudor pupilar que paga puede conseguir tres liberaciones; á saber, la plena, la mas plena y la plenisima: la plena si se pagare al pupilo sin la autoridad del tutor ni del juez, y cuando el pupilo le reclamare de nuevo su deuda teniendo aun íntegro el dinero ó habiéndolo invertido en utilidad propia, como se ve aquí y mas arriba en dichas leyes; en lo que se mira el efecto de la cosa, pues en realidad deja de ser deudor aquel que adquiere una excepcion perpétua, *l.* 10. *l. creditor* 55. *l. debitor*. 180. *de verb. sign.*; mas plena si hubiere pagado al tutor ó con autoridad de este al pupilo, sin intervenir sentencia del juez, en cuyo caso se libra *ipso jure*; pero de modo que quede aun sujeto á la restitucion *in integrum*, *l.* 1. *C. si advers. sol.*; plenisima si se hubiere verificado la solucion con autoridad y decreto del juez; lo que cuando ha tenido lugar libra de todo temor de restitucion. La misma distincion hace Bartolo en *d. l.* 7. §. 4. y tambien los demás intérpretes á pesar de que Antonio Fabro la reprueba con muchas palabras, pero sin ninguna razon probable, *lib.* 17. *conj.* 15.

Ex diverso, pupilli solvere sine tutoris auctoritate possunt). Del mismo modo que el pupilo dando en mútuo no contrae obligacion, pues no transfiere el dinero al que lo recibe, así tampoco por la misma razon se libra pagando lo que debe á su acreedor. Con todo, de la misma suerte que consumido el dinero que dió en mútuo adquiere la condicion, así tambien consumido lo que dió en solucion se libra, *l. non omnis* 19. §. 1. *de reb. cred. l.* 9. §. 2. *de auct. tut. l.* 14. §. *ult. de solut.* ¿Qué sucederá, pues, si el dinero que el pupilo dió en mútuo ó en solucion sin autoridad del tutor pereciese por un caso fortuito en poder de aquel que lo recibó? ¿Y de quién será el perjuicio y el peligro? Donelo en *d. l.* 19. §. 1. insiguiendo á Azon piensa que el peligro es del pupilo, puesto que la cosa perece para su dueño, *l.* 6. *l.* 9. *C. de pign. act.* pero Zas. *ibid. n.* 8. defiende con razon la opinion contraria, en union con la glosa y los doctores; para que lo mismo que se ha introducido en favor del pupilo; á saber, que dando en mútuo ó en solucion no transfiera el dominio, no sea en perjuicio del mismo, contra la *l. quod favore*. 6. *C. de legibus*. Lo que se dice que los casos fortuitos debe sufrirlos el dueño tiene esta excepcion; á no ser que uno por un favor especial quede siendo dueño, ó por un derecho singular no transfiera el dominio; pues esto no debe hacer mejor la condicion del que recibe el dinero, sino que en todo lo demás se debe observar lo mismo que se observaria en el caso que cualquier otro hubiese dado en mútuo ó en solucion.

TÍTULO NONO.

Por medio de qué personas podemos adquirir.

CONC. CON EL COD. LIB. 4. TIT. 27.

Razon del métôdo y argumento del título.

Este título comprende una especie de ampliacion de todo el tratado anterior, manifestando que no solo adquirimos por medio de nosotros mismos inmediatamente, sino mediatamente por medio de otros. Al principio del título se enumeran las personas por las que podemos adquiririr, y de esta enumeracion se deduce claramente que aquellos por medio de los que adquirimos es preciso que estén sujetos á nuestra potestad; ó realmente, como nuestros hijos y los siervos, ya suyos, ya tambien algunas veces los agenos, cuyo usufructo tenemos; ó en nuestra justa creencia, como son los siervos agenos y los

hombres libres que poseemos con buena fé. Y despues de haberse explicado cada uno de estos por separado se excluyen en seguida las personas extrañas por medio de las que nada podemos adquirir, á no ser la posesion, y por último de las adquisiciones de la cosas singulares se pasa á los modos por los que adquirimos las universales.

TEXTO.

Summa.

Acquiritur vobis non solùm per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos et per servos alienos, quos bona fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

TRADUCCION.

Resumen.

Adquirimos, no solo por nosotros mismos, sino tambien por medio de aquellos que tenemos en nuestra potestad, y tambien por medio de los siervos que tenemos en usufructo, como tambien por medio de los hombres libres y de los siervos agenos, que poseemos con buena fé, acerca de tod, lo que trataremos mas detenidamente.

NOTAS.

Quos bon. fid. possidetis). Así pues, no solo adquirimos por medio de aquellos que en realidad están sujetos á nosotros, sino tambien por medio de los que solo lo están por nuestra justa creencia.

COMENTARIO.

Acquiritur vobis). En los otros códigos esto y lo que sigue se lee en primera persona *acquiritur nobis*, como tambien en Cayo *l.* 11. *de acq. rer. dom.* de donde en su mayor parte está copiado este título; y del mismo modo lo traduce tambien Teófilo y piensan que debe leerse Cujacio, Baron y Wesembecio; pero á mí me parece indiferente se lea de uno ú otro modo.

In potestate). No dice en el dominio, sino generalmente en la potestad, para que con una sola palabra comprenda á los hijos de familia y á los siervos; pues la palabra potestad significa con respecto á los hijos la patria, y con respecto á los siervos la dominica, *l. potestatis* 215. *de verb. sign.* VINN. Con todo, es sabido que así los hijos como los siervos estuvieron en el dominio quiritario; pues tambien podian aquellos enagenarse como las cosas mancipias, Cayo *ins. l.* 6. 5. vidicarsé *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* y reclamarse por medio de la accion de hurto en caso que habiesen sido hurtados, *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Véase á Bynkersh. *de jure occidendi lib. c.* 1. *p.* 145. HEIN.

TEXTO.

De liberis in potestate.

1. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione, et hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum esset alii filio vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est, et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et parentibus honorem debitum reservavimus. Sancitum et enim á nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familias acquisivit hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

TRADUCCION.

De los hijos que están en la potestad.

Así pues, vuestros hijos de entrambos sexos que están en vuestra potestad, antiguamente sin distincion ninguna adquirian para sus padres todo lo que llegaba á ellos por cualquier medio, (excepto el peculio castrense); y esto se hacia de tal suerte de los padres que tenian hasta el permiso para donar, vender ó dar de cualquier modo que quisiesen á otro hijo ó á un extraño lo que hubiesen adquirido por medio de uno de sus hijos; lo que nos parecio injusto, y habiendo dictado una constitucion general miramos por los hijos, y conservamos el honor debido á los padres. Así pues, dispusimos que si el hijo adquiere alguna cosa por medio de las d l padre, segun la antigua costumbre, pertenezca todo á este; pues, ¿ qué injusticia hay en que lo que proviene del padre vuelva á él? Pero lo que el hijo de familias adquirió por otra causa solo tendrá en ello el usufructo el padre, y el dominio queda en el hijo (a); para que viniendo á parar en poder de otro no le cause un pesar lo mismo que adquirió á costa de sus trabajos ó por su fortuna.

NOTAS.

1. *Castreñsibus peculiis*). Cuyo peculio se concedió primeramente á los hijos de familia militares, y poco despues tambien á los veteranos ó licenciados, *pr. inf. quib. non est. perm. fac. test.* Juven. *sat.* 16. *v.* 52.

(a) L. 5. tit. 17. P. 4.

Posteriormente, á ejemplo del peculio castrense se introdujo tambien el cuasi castrense como en contemplacion de la milicia togada, §. *ult. inf. de mil. test.*

Sine ulla distinctione). Esto és, todo peculio pagano se adquiere en pleno derecho por el padre sin hacer distincion ninguna entre el profecticio y adventicio, ni entre el usufructo y la propiedad.

Generali constitutione). *L.* 6. *C. de bon. quæ liber.* en la que se hizo estensivo á todos los bienes adventicios lo que antes se habia dispuesto por diversos emperadores acerca de los bienes maternos y procedentes de la familia materna, como tambien acerca de las ganancias nupciales, *l.* 1. *y* 2. *C. de bon. mat. l.* 1. 2. 6. *y* 7. *C. Theod. l.* 1. *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.*

Honorem debitum). Teófilo dice τὸ ἀποφειλόμενον ἐφύλαξεν, esto es, *reservó lo debido*; y Cujacio piensa que sobra aquí la palabra *honorem*; porque aquí no se trata de este sino de la adquisicion. En las ediciones mas correctas tampoco se encuentra, segun Fabroto.

Usumfructum patri). Hay tambien algunos casos en que el hijo adquiere la plena propiedad del peculio adventicio, *l. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib. auth. excipitur* con las 2. *sig. eod.* El peculio adventicio segun la glosa, es el que adquiere el hijo proveniente de otra parte que del padre, y cuasi por la fortuna.

COMENTARIO.

1. *Despues de abolida la república se concedió por primera vez el peculio castrense á los soldados, y despues á los veteranos, habiéndose con el tiempo introducido el cuasi castrense.*
2. *Qué se entiende por peculio del hijo de familias, cuántas son sus especies, y la definicion de cada una de ellas.*
3. *Despues de trasladado el imperio á Tracia se concedió á los hijos de familia la propiedad, conservando el padre el usufructo de los bienes maternos; en seguida tambien la de los de la familia materna, y de las ganancias nupciales, y por fin la de todos los bienes adventicios*

Exceptis castrensibus peculiis). Durante la república solo habia una especie de peculio de los hijos de familia; pues de la misma manera que el siervo adquiria para su señor, así el hijo lo adquiria todo en pleno derecho para el padre, quien tenia el mismo derecho con respecto á la persona y bienes de sus hijos, que el señor con respecto á sus siervos; de lo cual entre otros es buen testigo Dionisio Halicarnaso, *lib.* 8. en donde dice: *los romanos no tienen nada propio mientras vive su padre; pues que los bienes y personas de los hijos están sujetos á la potestad y arbitrio de sus padres, adquiriéndolo todo para estos como los siervos.* Los emperadores, empero, con el objeto de incitar á los jóvenes á inscribirse en la milicia, y de captarse su voluntad concedieron en pleno derecho á los hijos de familias el peculio castrense; primero solamente á los soldados, y posteriormente tambien á los veteranos ó licenciados, *inf. quib. non est perm. fac. test. in pr.*; y desde entonces los hijos de familias empezaron con respecto á este peculio á considerarse como padres de familias, *l.* 2. *de senat. Mac.*; y esto es lo que quiere decir Juvenal *satir.* 16. *v.* 52. con estos versos:

.....Nam quæ sunt parta labore
Militiæ placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cujus regimen pater.....

Así pues, lo que dice *que en otro tiempo etc.*, exceptuando el peculio castrense, debe referirse al tiempo de Julio y Augusto, y á los siguientes, *l.* 1. *de testam. mil. d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* No mucho despues, á ejemplo del peculio castrense, se introdujo tambien el cuasi castrense, §. *ult. inf. de mil. test.* Con todo, permaneció aun por largo tiempo en observancia el derecho por el que el padre ocupaba por derecho de peculio los bienes castrenses del hijo en el caso en que este hubiese muerto intestado, *l.* 2. *de castr. pec.*; acerca de lo que hablaré mas extensamente en otra parte. VINN. El peculio castrense parece haberse concedido á los hijos de familia al propio tiempo que se concedió á los soldados la libre facultad de testar, cuya historia se encuentra en la *l.* 1. *pr. ff. de test. mil.* Ni parece haberse mudado el que el padre ocupe por derecho de peculio los bienes del hijo intestado en caso de que no deje hijos ó hermanos, pues que tambien en el en que se vendieren en pública almoneda sus bienes quedan en poder del padre como á peculio, *l.* 5. *C. de bon. proscr.* pues en ninguno de entrambos casos tiene lugar el favor del hijo de familias soldado, por el que se le concede semejante privilegio. HEIN.

2. *Sine distinctione*). Esto es, sin distincion entre el peculio profecticio y adventicio, entre la propiedad y el usufructo, habiendo sido Justiniano el primero que introdujo esta diferencia por una ley general. De aquí finalmente se deduce que todo lo que el hijo de familias tiene, ya proveniente del padre, ya adquirido con su trabajo, ó por agena liberalidad se llama peculio del hijo de fami-

lias; el cual para mayor claridad segun la razon del nuevo derecho puede dividirse en dos especies, diciendo que dicho peculio es ó militar ó pagano; subdividiendo cada una de estas en dos nuevas especies; á saber, aquel en castrense y cuasi castrense, y este en profecticio y adventicio. El castrense es el que el hijo adquirió por medio de la milicia armada, y lo que en él viene comprendido se manifiesta en la *l. castrense* 11. *de castr. pec. l.* 1. *C. eod.* (a). El cuasi castrense es el que se adquiere con ocasion de la milicia togada; por ejemplo, profesando un arte liberal, por los emolumentos de los oficios públicos, por la defensa de las causas, y en fin por medio de dicha milicia urbana é inerme, *l. ult. C. de inoff. testam. l.* 4. *l. advocatio* 14. *C. de adv. div. jud.* (b). Tambien la donacion hecha por el príncipe á un hijo de familias se considera peculio castrense, *l.* 7. *de bon. quæ lib. in post.* Sobre entrambas especies se dispuso que fuesen de la propiedad del hijo de familas, de modo que pudiera disponer de ellas del mismo modo que si fuese padre de familias, *d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test. l.* 1. §. *nec castrense* 16. *de collat. l.* 2. *de sen. Mac.* Añádase á esto lo que decimos en el §. *ult. inf. de mil. test.* (c). El peculio profecticio es el que adquiere el hijo por medio del padre ó por consideracion de este (d). El adventicio es el que adquiere el hijo ó le viene por otra parte, ya lo adquiera con su trabajo fuera de la milicia armada, ó togada, ya por su fortuna; por ejemplo, por la herencia de su madre ó de la familia de esta, por las ganancias nupciales, por los legados ó herencias de sus amigos, *l.* 6. *C. de bon. quæ lib. et hoc text. in fin.* (e). El profecticio segun la costumbre antigua, es enteramente del padre, y el adventicio es, en cuanto á la propiedad del padre, pero en cuanto al usufructo del hijo, conforme á la constitucion de Justiniano (f), como luego veremos mas estensamente.

Alii filio vel extraneo donare). Está enteramente conforme esto con la razon del derecho antiguo; pues siendo el padre dueño con pleno derecho de entrambos peculios, debe tambien serle permitido disponer á su voluntad de ellos, y donar á Mevio, ó emplear en beneficio propio lo que habia adquirido con el trabajo de su hijo Ticio. De aquí tambien se deduce que muerto el padre todo el peculio pagano, á no ser que se hubiese legado pertenencia á los hermanos, *l. certum.* 13. *C. fam. erc. l. filiæ.* 12. *C. de collat.*; lo que mudó Justiniano en el peculio adventicio, *l. ult. C. de tit.*, conforme á su primitiva constitucion, *l. cum oportet.* 6. *C. de bon. quæ lib. in potest.*

5. *Generali constitutione emissa*). Como antiguamente todos los bienes adventicios, á la par que los profecticios estaban en pleno derecho del padre, Constantino exceptuó los bienes maternos, cuyo usufructo concedió al padre adjudicando la propiedad al hijo, *l.* 1. *C. de bon. matern. l.* 1. *y l.* 2. *C. Theod. eod.* Graciano, Valentiniano y Teodosio dispusieron lo mismo acerca los bienes de la familia materna; esto es, de los provenientes de los parientes por parte de madre, *l.* 6. *C. Theod. eod.*; y Arcadio y Honorio hicieron lo mismo, *l.* 2. *C. d. tit. l.* 7. *C. Theod. eod.* Finalmente, Teodosio y Valentiniano, Leon y Antemio hicieron extensivo esto á las ganancias nupciales y esponsalicias, *l.* 1. *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* Por último, Justiniano en una constitucion general quiso que se observase lo mismo en todos los bienes que por cualquier causa hubiese adquirido el hijo, y que se atribuyen al peculio adventicio, *d. l. cum oportet* 6. *C. eod. tit.*

Si quid ex re patris, hoc secundum antiquam observationem). Acerca del peculio profecticio nada mudó Justiniano, sino que quiso que el padre adquiriese conforme al derecho antiguo todo lo que el hijo adquiere por medio de las cosas de aquel. Sin embargo, pueden los hijos reportar alguna ventaja de la conservacion de este peculio, pues que en caso de ser emancipados queda suyo, á no ser que se les haya quitado expresamente, *l. donatione* 31. §. 2. *de don.*; y si se confiscaren los bienes del padre se separa y conserva por los hijos, *l.* 5. §. *sed utrum* 4. *in fin. de minor.* Dice, *por medio de las cosas del padre*, y en *d. l. cum oportet.* 6. *por medio del patrimonio del padre.* ¿Qué diremos, pues, si el hijo adquirió alguna cosa, no por medio de las cosas ó de patrimonio del padre, sino por ocasion y consideracion del mismo? Los doctores aquí y en *d. l. cum oportet.* 6. quieren que tambien en este caso se considere peculio profecticio, *arg. l. si serv.* 21. *cum l. seq. de usuf.*; en cuya ley lo que se deja al siervo usufructuario ó se le dona por consideracion del usufructuario se dice que lo adquiere este, como adquirido por medio de sus cosas: véase la *l. sed si plures* 10. §. 1. *in*

(a) L. 6. y sig. tit. 17. P. 4.
(b) D. l. 6. y 7. d. tit.
(c) D. l. 6. y 7.
(d) L. 13. tit. 6. y l. 5. tit. 17. P. 4.
(e) D. l. 13. y d. l. 5.
(f) D. l. 5. tit. 17. P. 4.

arrogato 6. in fin. de vulg. et pup. subst. *Usumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat*). Dijo dominio en vez de nuda propiedad, como tambien en *d. l. cum oportet.* 6. Esta concesion de la propiedad, empero, no dá derecho al hijo para enagenar sin consentimiento del padre, *l. ult.* §. *ipsum autem* 5. *C. eod.* Si se hubiese dejado al hijo el usufructo de una cosa lo adquirirá todo el padre; pero muerto este pasará al hijo. En ciertos casos adquiere tambien el hijo la plena propiedad; lo que Justiniano introdujo primeramente con respecto á la herencia que el hijo adquiere habiéndola el padre rehusado, *d. l. ult.* §. 1., y posteriormente tambien en otros muchos casos, como en las cosas dejadas al hijo con la condicion de que el padre no tenga el usufructo; en la herencia del hermano y hermana á la que es el padre admitido á una con el hijo; y tambien en aquellas cosas que se adjudican á este por el delito del padre que se divorcia sin justa causa, *auth. excipitur*, y las *sig. C. de bon. quæ lib.* VINN. Otros casos hay tambien en los que el hijo adquiere la plena propiedad; por ejemplo, si el padre hubiese obrado dolosamente al restituir los bienes al hijo, *l.* 50. *ff. ad SC. Treb.* y si el príncipe donase alguna cosa al hijo de familias. HEIN.

TEXTO.

De emancipatione liberorum.

2. Hoc quoque dispositum est et in ea specie ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant; sibi tertiam partem retinere, (si voluerat), licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pretio quodammodo emancipationis: et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur, et quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod sui juris effectus esset, hoc per rerum deminutionem decresceret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominio, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed ususfructus retineat. Ita enim res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fructur, pro tertia, dimidia potiturus.

TRADUCCION.

De la emancipacion de los hijos.

Tambien hemos dispuesto lo mismo, en el caso en que el padre emancipando á sus hijos podia segun las anteriores constituciones retenerse (si queria) la tercera parte de los bienes que no se adquirian para él, como en cierto modo por precio de la emancipacion, pues era una especie de injusticia el defraudar al hijo la tercera parte del dominio de sus cosas por esta emancipacion; y el honor que adquiria de mas por esta á causa de que se hacia dueño de sí mismo lo perdia por la disminucion de sus bienes. Por esta razon dispusimos que el padre en vez de la tercera parte del dominio que podia retenerse, conservase la mitad de dichas cosas; no en dominio, sino en usufructo, pues de esta suerte las cosas quedarán intactas en poder del hijo, y el padre disfrutará de una mayor suma, teniendo una mitad en vez de una tercera parte (a).

NOTAS.

2. *Liberos suos*). Teófilo dice τὸν παῖδα, *su hijo*; Cujacio, Hotomano y Fabroto dicen: *liberum suum*; esto es, en número singular, como mas abajo *de serv. cogn. in pr. et l.* 33. *C. de inoffic. testam.* Aurel. Victor *c.* 26. dice: *Nerva adoptó á Trajano en lugar de hijo.*

Anterioribus constitutionibus). Habla de las *ll.* 1. *y* 2. *C. Th. de matern. bon.*, las que son de Constantino, *l.* 6. §. 3. *C. de bon. quæ lib.*

Pro pretio emancipationis). Esto es, como en remuneracion, *d. l.* 1. *y* 2. *d. l.* 6. §. 3., y en premio de la emancipacion, *l.* 3. *C. de bon. matern.*; pues esta es un beneficio, por cuanto dá la facultad de adquirir los bienes para sí, *l.* 1. *si á par. quis man.*

Quod honoris). Es honorífico para el hijo el hacerse dueño de sí mismo, y cabeza de familia.

COMENTARIO.

1. *Por qué razon el hijo de familias emancipado adquiere el peculio profecticio si el padre no se lo ha quitado expresamente; y por cual el padre emancipante adquiere la mitad del usufructo de los bienes adventicios, aunque expresamente no se lo haya reservado?*

Emancipando liberos suos). Cujacio, Hotomano y Wesembecio dicen *su hijo*, en número singular: y del mismo modo habla Justiniano en la *l. si quis* 33. *C. de inoffic. testam.* y mas abajo *de serv. cogn.* al principio se lee *liberum vel liberos*. Los antiguos siempre emplearon esta palabra en número plural, y segun Gelio *lib.* 2. *C.* 13. llamaron *liberos* á un hijo ó hija sola; lo que tambien confirma Cayo, *l. non est* 148. *de verb. signif.* en donde escribe que no está sin hijos, *sine liberis*, aquel que tiene un hijo ó una hija. Pues esta proposicion, dice, *habet liberos; non habet liberos*, siempre se usa en número plural, como los codicilos y los libritos para escribir. La glosa greco-latina dice: la palabra τέκνα *liberi* solo se declina en plural. Lo que, empero, Valla *lib.* 3. *elegant.* 8. escribe que en Paulo y en Cayo

(a) L. 1. 5. tit. 18. P. 4.

encuentra *liberum* en vez de *filium* pienso que es una equivocacion, y que dijo Paulo y Cayo en vez de Modestino y Ulpiano, pues en Modestino *l. jus agnationis* 4. *de pact.* se lee: *nolle suum liberum esse*, como se encuentra en las vulgares ediciones; pero la florentina nos enseña que debe leerse, *nolle suum esse*. En Ulpiano. *l. nemo* 126. §. 1. *de regul. jur.* se dice, *qui liberum acquisierit*; pero tambien en el código florentino se lee *qui libertum acquisierit*; y ciertamente debe leerse asi. Valla hizo mencion tambien de Quintiliano, pero no cita ni el lugar ni las palabras. VINN. El lugar que Valla quiere decir en Quintiliano es la *declam.* 2. HEIN.

Ex rebus quæ acquisitionem effugiebant). Esto es, aquellos bienes adventicios cuya propiedad segun las constituciones de los emperadores griegos no adquiere el padre, en los que estaban comprendidos los bienes maternos y de la familia materna, y tambien las ganancias nupciales y esponsalicias, como se ha dicho en el §. *preced.* No debe, empero, entenderse el peculio castrense, ó cuasi castrense; pues que el mismo Justiniano dice que ninguna parte de ellos queda en poder del padre emancipante, *d. l. cum oportet* 6. §. *cum autem* 3. *C. de bon quæ lib.*, de la que está sacado este párrafo.

Quasi pro pretio emancipationis). Constantino en la *l.* 1. *y l.* 2. *C. Theod. de bonis matern.* pensó que era justo que el hijo remunerase al padre emancipante, y le ofreciese la tercera parte de los bienes maternos, cuya propiedad habia concedido á los hijos que quedaban en la patria potestad; ó lo que es lo mismo, que el padre tuviese la facultad de retenerse dicha parte de estos bienes en premio del beneficio de la emancipacion hecha al hijo; pues por él consigue este el empezar á ser dueño de sí mismo, y cabeza de familias; lo que le es honorífico; y además que con pleno derecho posee todas las cosas para sí, lo que le es ventajoso, y esto es lo que Justiniano da á entender aquí con estas palabras: *quasi pro pretio emancipationis*; lo que en su constitucion expresa de este modo *quasi remunerationis gratia*, *d. l. cum oportet*. §. 5. Teodosio y Valentiniano le llaman premio de la emancipacion hecha, *l.* 5. *C. de bon. matern.*

1. *Pro tertia parte dominii, dimidiam ususfructus*). Parecióle algo duro á Justiniano que los hijos por el honor recibido sufriesen tan grande disminucion de sus cosas, de modo que el padre adquiriese en pleno derecho la tercera parte de las mismas; pero por otra parte tampoco creyó justo que los hijos no recompensasen de modo alguno semejante beneficio; por cuya causa dispuso que el padre en vez de la tercera parte, que segun las antiguas constituciones podia retener de la propiedad y usufructo de los bienes maternos y ganancias nupciales del hijo, adquiriese la mitad de los mismos bienes; pero no del dominio sino del usufructo, haciendo esto extensivo á los demás bienes adventicios, despues que quiso que todos los bienes de esta clase fuesen de la misma condicion. De esta suerte hizo que ni los hijos perdiesen nada del dominio de sus cosas ni pudieran los padres quejarse, concediéndoles por premio de la emancipacion el usufructo de tan grande parte de los bienes. Esto, empero, quiso Justiniano que tuviese lugar, aunque el padre no se lo hubiese espresamente reservado en la emancipacion (a), *l. cum oportet.* 6. §. *cum autem* 3.; al paso que el peculio profecticio que es enteramente del padre lo adquiere el hijo, como tácitamente donado por aquel, si el padre no se lo quitare, *l. donationes* 31. §. 2. *de don. arg. leg. si Sticho* 53 *de pecul. unic. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* §. *si peculium* 20. *infr. de legat.* Juan Fabro dá la razon de esta diferencia diciendo que el premio de la emancipacion proviene de la ley, la que mira por el padre en el peculio que él no tenia facultad de quitar; pero que respecto del peculio profecticio no habia necesidad ninguna de la provision de la ley, pues que pudiendo el padre á su arbitrio disponer de él, en el hecho mismo de no quitarlo se entiende tácitamente que no lo donó. A esto añade Bacovio que la posesion natural del peculio profecticio la tiene el hijo, y la del adventicio el padre como á usufructuario; por lo que, aquel sino hubiese sido quitado se entiende dejado y concedido al hijo voluntariamente por el padre; pero este que el mismo padre lo retiene y conserva en su poder, se considera que quiere conservar su derecho, y aprovecharse del beneficio de la ley, á no ser que en el acto de la emancipacion lo hubiere renunciado, ó haciendo donacion del mismo se hubiere desprendido de él en favor de su hijo, *d. l. cum. oportet.* 6. §. *cum autem* 5.

TEXTO.

De servis nostris.

3. Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis et ignorantibus et invitis

(a) D. l. 15.

venit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius it, nihil suum habere potest. Sed in hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu hereditatem adire test. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas quiritur, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti issetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos quiritur Non solùm autem proprietas per eos, quos potestate habetis, vobis acquiritur; sed etiam possessio. Cujuscumque enim rei possessionen adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio vobis accidit.

TRADUCCION.

De nuestros siervos.

Tambien adquirís lo que vuestros siervos adquieren por medio de la tradicion; ya estipulen alguna cosa, ya la obtengan por donacion, ú otra cualquier causa; pues esto lo adquirís ignorándolo, y aun contra vuestra voluntad; por cuanto el mismo siervo que está en potestad de otro no puede tener nada propio. Mas si hubiere sido instituido heredero no podrá adquirir la herencia, sino con vuestro mandato; y si lo hiciere así adquiriréis vosotros la herencia lo propio que si hubiéseis sido vosotros los instituidos, y conforme á esto adquirís el legado por medio de los mismos No solo, empero, adquirís la propiedad por medio de aquellos que están en vuestra potestad, sino tambien la posesion, pues de cualquier cosa que hayan obtenido la posesion se entiende que poseeis vosotros; por lo que, tambien por medio de ellos completais la usucapion ó posesion de largo tiempo (a).

NOTAS.

5. *Et convenienter*). A saber, conforme á la regla puesta al principio por la que se dice que aun los ignorantes y aun contra su voluntad adquieren por medio de los siervos por cualquier causa que sea; pues que esto tambien tiene lugar en el legado, á causa de que solo contiene lucro y no daño á diferencia de la herencia, *l.* 32. *D. mandat.*

COMENTARIO.

1. *Por qué razon adquirimos por medio de los siervos aun ignorándolo y contra nuestra voluntad?*
2. *Por qué se exceptúa la herencia?*
3. *Si la posesion se adquiere por cualquier causa por medio del siervo para el dueño que lo ignora?*

Se ha dicho hasta aquí cómo adquirimos por medio de nuestros hijos; síguese ahora la adquisicion por medio de los siervos, en la que se observa enteramente el derecho antiguo expuesto por Cayo en la *l.* 10. §. 1. y siguientes *de acquir. rer. dom.*; y copiado aquí; la que es tal que todo lo que adquiere el siervo, ya por causa de peculio (el que en la persona del siervo es solo de una especie; á saber, aquello que el siervo tiene con permiso del señor separado de los bienes de este, *l.* 5. §. *ult. de pecul.*) ya por otra cualquier causa, lo adquiere todo para el dueño.

Sive quid stipulentur). Oscuramente se dice esto en vez de *sive quid ab se stipulatum per traditionem nanciscantur*; pues aunque es verdad que nuestro siervo estipulando adquiere para nosotros una obligacion nacida de estipulacion, *infr. per quas per. obl. acq.* §. 1. *infr. de stip. serv.*, con todo, en este título no se trata por medio de qué personas adquirimos la obligacion, sino el dominio, ó sea la propiedad y la posesion.

1. *Ignorantibus et invitis*). *L. etiam invitis* 32. *de acq. rerum domin. l. quemadmodum* 46. *de jur. dot.* La razon de esta adquisicion necesaria no es otra que la que se dá aquí, y en Cayo en el lugar citado; á saber, porque el siervo que está en la postestad de otro no tiene nada propio (b). Tiene pues lugar esta adquisicion *ipso jure*, por razon de la potestad; la que hace que ni un solo momento puedan las cosas subsistir en la persona de aquel que está sujeto á potestad agena, y por medio de quien se adquiere, sino que desde luego y necesariamente debe adquirirlas aquel que le tiene en su potestad; á saber, el dueño ó el padre; (pues tambien el hijo de familias como á tal pertenece aquí, *l. placet* 79. *de acq. hær.*) cuyas veces, en cuanto á adquirir, hacen el siervo, y el hijo de familias, y con los que se consideran una sola persona. No obsta lo que se dice que al que no quiere no se le hace el beneficio, *l. hoc. jure* 19. §. 2. *de dona. l. invito* 69. *de reg. jur.*; pues que esto no se funda en el beneficio, sino en la razon del derecho, la que hace que el dueño adquiera por medio del siervo; y si el señor no quiere conservar lo que ha adquirido de esta suerte puede desprenderse de ello ó arrojarlo. Tuningio, para responder á esta objecion, considera dos grados en este modo de adquirir: uno en la persona del adquirente, en la que pone el principio de la adquisicion; otro en nuestra persona en la que pone su continuacion. Por lo que hace al principio dice que lo adquirimos aun contra nuestra voluntad; pero por lo que hace á la perfeccion y continuacion, solo queriendo. Sin embargo, no es necesario que nos valgamos de este medio, pues que la adquisicion se hace desde luego, *d. l.* 79. *de acq. hær.*; de otra suerte inútilmente se exceptuaria la herencia.

2. *Sed si hæres institutus sit, non alias*

(a) L. 7. tit. 21. P. 4. y l. 3. tit. 20. P. 3.

(b) D. l. 3. vers. *Esto*

nisi vestro jussu). Esta es una excepcion de la regla anterior. Ciertamente que tambien adquirimos la herencia estando instituidos herederos nuestros siervos; pero no del mismo modo que adquirimos por medio de ellos por las demás causas; esto es, ignorándolo, y aun contra nuestra voluntad, sino tan solo si queriéndolo y mandándolo (a) se ade la herencia; de modo que si el siervo la adicre sin esperar nuestro mandato nada hace, *l. si quis* 25. §. *jussum* 4. *de acq. hær*. La razon de haberse esto dispuesto así es clara; á saber, para que no pueda el siervo empeorar la condicion del señor, y con ignorancia del mismo obligarle á las deudas agenas hereditarias, las que muchas veces exceden los bienes del patrimonio del difunto, *l.* 6. *d. tit.* pues es sabido que aquel que es nombrado heredero, no solo adquiere, sino que tambien se obliga y queda sujeto á las cargas hereditarias.

Et convenienter vobis legatum). Conforme, no á lo que poco há dijo de la adquisicion de la herencia, la que tiene de particular que no se adquiere por medio del siervo, sino prévio mandato del dueño; sino conforme á la regla puesta al principio de que adquirimos por medio de los siervos por todas las causas. Si por todas las causas, luego tambien por causa de legado. Y sin duda que por esta causa se adquiere tambien ignorándolo el dueño, y aun contra su voluntad como por todas las demás excepto la herencia, *l. etiam invitis* 32. *de acq. rer. dom.*; pues la razon de la excepcion que hay con respecto á esta no tiene lugar en el legado, el que siempre produce una ganancia pura y liquida, *l. si hæreditatem* 52. *mandat.* Con todo, es inútil aquí la repeticion del legado puesto que ya se ha hecho mencion de él al principio de este párrafo; pero Triboniano, copiando este lugar de Cayo, *d. l.* 10. §. 1. *de acq. rer. dom.* por descuido intercaló el principio de aquel párrafo; pues que Cayo no hizo mencion sino una vez del legado, á saber, al final de *d.* §. 1.

Non solum proprietas, sed etiam possessio). Puede dudarse si adquirimos la posesion por medio del siervo puesto que es de hecho no de derecho, *l.* 1. §. 3. *y* 4. *de acq. poss. l. denique* 49. *ex quib. ca. maj.* y las cosas que son de hecho no pasan al dueño sino que quedan en la misma persona del siervo, *l.* 44. *de cond. et dem.* §. 2. *in inf. de stip. ser.*; de modo que parece deberse decir tambien que la posesion queda en el siervo sin que el dueño la adquiera por medio del mismo. Pero la posesion, no solo es una cosa corporal y de hecho, sino tambien de derecho, segun Papiniano en la *l. possessio* 49. §. 1. *de acq. poss.*; ó mas bien como el mismo Papiniano al *pr. de d. l.* lo expresa, la posesion es de hecho; pero cuando se trata de su adquisicion, retencion ó transposicion es de derecho en su mayor parte; á lo que debe añadirse que tambien adquirimos la posesion por medio de aquellos por los que adquirimos las demás cosas, con tal que las obtengan en nuestro nombre (b).

3. Como, empero, se dice general y simplemente, ya aquí, ya en Cayo, *d. l.* 10. §. 2. *de acq. rer. dom.* que no solo adquirimos por medio de los siervos la propiedad, si que tambien la posesion, y que de cualquier cosa que la haya adquirido se entiende que la poseemos nosotros; y en Ulpiano, *l. si me* 34. §. *ult. de acq. poss.* se dice además que un siervo mio adquiere para mi la posesion, aun ignorándolo; de ahí es que la glosa y los doctores creyeron que por medio del siervo por cualquier causa adquiria el dueño la posesion, lo propio que las demás cosas excepto la herencia. Pero es mas cierta la opinion de aquellos que piensan que en la adquisicion de la posesion por medio del siervo debe separarse la causa del peculio de las otras, de modo que si hubiese adquirido la posesion por dicha causa la adquiere para el dueño, aun ignorándolo este; pero si por otra cualquiera, solo sabiéndolo, cuya distincion se propone claramente en la *l.* 1. §. *item acquirimus* 5. *l.* 3. §. *cæterum* 12. *l. quod servus*. 24. *l. peregrè* 44. *l.* 1. *de acq. poss.* En los mismos lugares se indica la razon de esta diferencia, la que no es otra sino la misma naturaleza de la posesion, que hace que no pueda adquirirse sino con el ánimo y el cuerpo (c), *l.* 3. *pr.* y aunque este puede ser ageno, con todo el ánimo ha de ser nuestro, y solo podemos tenerlo queriendo nosotros, *d. l.* §. *cæterum* 12. *l. ea quæ*. 53. *de acq. rer. dom.* Este ánimo, en cierto modo y en general concurre en la posesion de aquellas cosas que los siervos consiguen por causa del peculio, considerándose que poseen casi por voluntad nuestra, por cuanto les permitimos que tengan el peculio; pero en las cosas no pertenecientes á este no precede á la adquisicion voluntad ninguna del dueño, y por esta razon para adquirir la posesion de las mismas es necesaria la especial voluntad del dueño.

(a) L. 13. tit. 6. P. 6.

(b) L. 3. tit. 30. P. 3

(c) L. 1. tit. 30. P. 3.

y un cierto consentimiento del mismo. Asi, pues, debe entenderse siempre que en algunas partes leemos como aquí simplemente que adquirimos la posesion por medio de nuestros siervos, ó que la adquirimos ignorándolo nosotros, *l. 54. ult. eod.*

Unde etiam per eos usucapio). Cayo en *d. l. 10. §. 2.* lo expresa de esta suerte: *unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur* (a). En las cosas pertenecientes al peculio, como que adquirimos su posesion, aun ignorándolo nosotros, está recibido que podamos tambien usucapirlas del mismo modo, cuando de otra suerte y en otro caso la posesion que hemos adquirido ignorándolo nosotros por medio de procurador no nos aprovecha para la usucapion hasta despues que haya llegado á nuestra noticia, *l. si emptam. l. 47. de usuc. l. 1. C. de acq. poss.*; como mas extensamente lo explicaremos en el §. *pen. h. t.*

TEXTO.

De fructuariis et bona fide possessis.

1. De iis autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod verò extra eas causas consecuti sint, ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur.

TRADUCCION.

De los siervos usufructuarios y poseidos con buena fé.

Acerca de aquellos siervos en los que tan solo teneis el usufructo se ha dispuesto que todo lo que adquieran por medio de vuestras cosas, ó por su trabajo, se os adjudique; pero que lo que de otra manera hubieren conseguido pertenezca al dueño de la propiedad. Así que, si un siervo semejante hubiere sido instituido heredero, ó dejándosele un legado ó hecho una donacion no se adquirirá esto para el usufructuario, sino para el propietario (b).

NOTAS.

1. *De iis servis*). Está copiado de la *l. 10. §. 5. de acq. rer. dom. l. 21. de usuf.*

Ex operis suis). Por ejemplo, si fuere zapatero, pintor ó carpintero, y por su trabajo hubiere recibido alguna merced, *l. 26. de usuf.* ¿Qué sucederá, empero, si por dichas causas estipulare expresamente para el dueño de la propiedad, ó recibiere la cosa en nombre de este? Entonces el dueño de la propiedad la adquirirá, *l. 25. §. 3. d. t. l. 37. §. pen. de acq. rer. dom.*; aunque podrá el usufructuario reclamarla por la condicion personal, *l. pen. de stip. serv.*

Hæres institutus, etc.) *D. l. 10. §. 3. l. 47. l. 49. de acq. rer. dom. l. 25. pr. de acquir. hæred.* Exceptúase el caso en que hubiese tenido esto lugar por consideracion al usufructuario, *l. 22. y sig. de usuf.* en cuyo caso se considera que el siervo adquiere por medio de las cosas del usufructuario, y no por su trabajo para dicho usufructuario, *l. 45. d. t.* para que no pueda objetarse que la adicion de la herencia no es un trabajo corporal, *d. l. 45. in pr.*

COMENTARIO.

1. *Para quién adquiere el siervo usufructuario, si dice recibir por medio de las cosas del usufructuario para el dueño de la propiedad?*
2. *La adicion de la herencia no es una obra servil y por qué razon?*
3. *El siervo instituido heredero por consideracion al usufructuario adquiere la herencia para este y la adirá por su mandato, no por el del dueño de la propiedad.*

Lo que se ha dicho en el párrafo precedente acerca de adquirir el dominio ó la posesion por medio de los siervos, tiene lugar cuando uno tiene la plena propiedad sobre ellos; pero si el usufructo lo tiene uno, y otro tan solo la nuda propiedad; en este caso el usufructuario por medio de este siervo adquiere de dos modos; á saber, por medio de su cosa, y por los trabajos del siervo; y por las demás cosas adquirirá el propietario. Lo propio se observa en aquel que sirve de buena fé; y de los demás para sí, si es libre, ó para el dueño si fuere siervo, sobre lo que hablaremos luego.

Ex re vestra vel ex operis suis). *L. 10. §. 5. de acq. rer. dom. l. si servi 21. de usuf.* Por medio de las cosas del usufructuario; por ejemplo, si el siervo nombrado despensero por el usufructuario hubiese comprado alguna cosa con el dinero de este, ó arrendado su cosa, ó dado dinero en préstamo ó á interés; pues en este caso la cosa comprada, la merced de la locacion y las usuras del dinero prestado serán para el usufructuario, *l. 1. C. de rei vind. l. servus 43. §. ult. de acq. rer. dom.* Por medio de los trabajos del siervo; por ejemplo, si siendo este zapatero, pintor ó carpintero hubiere adquirido con su trabajo alguna cosa, es decir, la merced de dicho trabajo, *l. si operas 26. de usuf.*

1. ¿Pero qué sucederá si el siervo dijere

(a) L. 3. tit. 29. P. 3. vers. Empero.
(b) L. 23. tit. 31. P. 3.

que recibe la cosa que se le entrega, proveniente de otra del usufructuário, para el dueño de la propiedad? En este caso todo lo adquirirá este último, pues que aun por medio de las cosas del usufructuario, ó por su trabajo adquiere para el dueño de la propiedad, en caso que estipule expresamente para él, *l. per servum* 57. §. *pen. de acq. rer. dom. l. sed etsi* 25. §. *quæstionis* 3. *de usuf.*; y así sucede segun derecho estricto. Con todo, lo que de esta suerte ha adquirido el dueño de la propiedad puede el usufructuario reclamarlo por la condicion personal, *l. pen. de stip. ser.* La razon por que solo de estos dos modos puede adquirir por medio del siervo el usufructuario, es porque lo que de esta suerte se adquiere se considera fruto, y no las demás cosas.

Extra eas causas). A mas de los referidos modos hay que los siervos fructuarios pueden adquirir por medio de las cosas ó dinero de otro; por ejemplo, con el peculio que tienen del propietario, ó tambien si se les hubiere donado, ó legado alguna cosa, ó bien hubieren sido instituidos herederos; y por esta causa se dispuso que nada de esto se adquiera por el usufructuario sino que todo sea para el dueño de la propiedad, *d. l.* 10. §. 5. *l. servus.* 43. *l. fructuario* 47. *l. quod fructuaris* 49. *de acquir. rer. dom. l. si quis* 25. *de acq. hær.*

2. Acerca de la herencia dudaron algunos antiguamente á causa de que en la adicion interviene un hecho del siervo, *l. liber* 19. *de acq. rer. dom.* sin el cual no puede el dueño adquirir la herencia, *l.* 3. *C. de hær. instit.*; pero prevaleció la opinion de que la adicion de la herencia no era una cosa servil, *l. aditio* 45. *de acq. hær. d. l. fructuario.* 47. *de acq. rer. dom.*; y con razon, pues la adicion, aunque es un hecho, con todo no es una obra; puesto que esta no tine lugar sin trabajo y en la adicion no le hay. Vinn. Puede tambien darse de esto la misma razon que dá Ulpiano para demostrar que el parto de la esclava no debe considerarse como á fruto, *l.* 27. *pr. ff. de hær. petit.*; pues del mismo modo que las esclavas no se tienen para que paran, asi tampoco el fin primario de aquellos que adquieren siervos es para conseguir herencias; y además el usufructuario solo adquiere los frutos ordinarios. Hein.

Si hæres institutus, legatumve quid ei etc). Esto tambien se dice generalmente en la *l.* 10. *l.* 47. *l.* 49. *de acq. rer. dom. l.* 25. *de acq. hær.* En otras partes, con todo, se encuentra la excepcion, á no ser que el siervo hubiese sido instituido, ó se le hubiese legado ó doñado alguna cosa por contemplacion del usufructuario; pues lo que así se le ha dejado ó dado lo adquiere el usufructuario, y no el propietario, *l. si servi* 21. *et l. seq. de usuf.* Una distincion igual se hace en un caso semejante en la *l. facta* 63. §. *si hæres* 4. *ad sen. Trebel.*; y en el hombre libre poseido con buena fé, cuya condicion en este caso es igual á la del siervo usufructuario, *l. aditio* 45. §. *ult. de acq. hær.*; y no tanto es esto una excepcion como una interpretacion ó aclaracion de la regla anterior, que prescribe que el usufructuario no adquiere por el siervó sino por medio de sus cosas ó de los trabajos del mismo; cuya distincion nos enseña que lo que se ha dado ó dejado por contemplacion al usufructuario no se adquiere sin el concurso de una de estas dos causas; pues aun cuando el usufructuario no lo adquiera por el trabajo del siervo se considera con todo que lo adquiere por medio de sus cosas; pues aquel que dona ó deja la cosa quiso que la adquiriera el usufructuario, *d. l. aditio* 45. §. *ult. de acq. hær.*

3. De ahí tambien es manifiesto que se equivocan la glosa, Jo. Fab. y Cantiunc. *aqui*, y todos los que dicen que el siervo fructuario aunque instituido heredero por contemplacion del usufructuario no puede adir la herencia por mandato de este, y por la adicion adquirirla directamente para el mismo, sino que debe adirla por mandato del propietario, quien por derecho estricto adquiere la herencia, pero que debe restituirla el usufructuario por la condicion sin causa, como en el caso de la *l. pen. de stip. serv.* Indújoles á este error el pensar que debia primeramente probarse que la adicion de la herencia era una especie de obra servil contra la expresa autoridad del derecho. antes que poder decirse en el caso propuesto que el siervo que ade la herencia por el mandato del usufructuario la adquiere para este; lo que no es asi, pues que esta adicion no se sostiene por el trabajo del siervo, sino por el otro capitulo; á saber, porque en este caso se considera que aquel siervo adquiere por medio de las cosas del usufructuario; de cuyo modo es sabido que puede este adquirir, *d. l. aditio* 45. §. *ult. de acq. hæred.* En cuya ley fundado en la misma razon defiende el jurisconsulto que un hombre libre que yo poseo con buena fé y que ha sido instituido heredero por contemplacion mia, puede adir la herencia por mandato mio y adquirirla para mí. La condicion, empero, del poseedor de buena fe y del usufructuario es enteramente igual en esta materia, co

mo luego veremos, y piensa Jason en *d. l.* 25. *de acq. hær.*, no obstante lo que en algunos lugares se dice generalmente que el siervo fructuario no puede adir la herencia por mandato de aquel que tiene en él el usufructo, como en *d. l.* 25. *in pr.* y *d. l.* 45. §. *pen.*; pues estas leyes deben entenderse del siervo instituido simplemente, y no del instituido por contemplacion al usufructuario; en cuyo caso si este adquiriese la herencia por medio del siervo, la adquiriria sin concurso de uno de los dos modos citados, lo que no permite la razon del derecho. Así, á pesar de que en este nuestro §. y en *d. l.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom.* se dice en general que lo que se dona ó deja al siervo usufructuario lo adquiere el propietario, con todo, nadie niega que deba tambien aquí admitirse aquella excepcion ó interpretacion, es decir, á no ser que se haya esto verificado por completacion del usufructuario, lo que en otras partes se halla dispuesto terminantemente. Lo que, empero, Paulo en la *l. quod fructuar.* 19. *de acq. rer. dom.* escribe que lo que un extraño dona al siervo fructuario lo adquiere indistintamente el propietario, no quiere decir que excluya la distincion recibida entre lo que se dona al siervo simplemente ó por contemplacion al usufructuario, sino aquella que el mismo propone acerca el usufructuario donante al principio de dicha ley. Así pues, por lo que se dispone generalmente en dicha ley se prueba evidentemente que se equivocan aquellos que piensan que lo que se dona ó deja al siervo fructuario, en caso de duda ha de presumirse donado ó dejado por contemplacion al usufructuario; lo que, á pesar de esto sienta como cierto Gotofredo en sus notas á Schneid.

TEXTO.

5. Idem placet et de eo, qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet et in bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, quum usuceperit servum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius verò usucapere non potest: primùm quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde quia scit, servum alienum esse. Non solùm autem proprietas per eos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis: aut per liberam personam quæ bona fide vobis servit, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundùm distinctionem, quam proximè exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

TRADUCCION.

Lo mismo se observa en aquel que posee con buena fé, ya sea libre, ya siervo ageno; pues lo que se dispuso acerca del usufructuario se dispuso tambien acerca el poseedor de buena fé. Así pues, lo que adquiriere fuera de estos dos modos, ó pertenecerá al mismo si fuese libre, ó al dueño verdadero si fuese siervo; pero los poseedores de buena fé que hubiesen usucapido al siervo como que de este modo se hacen dueños, pueden adquirir de cualquier modo por su medio. El usufructuario, empero, no puede usucapirlo, porque no posee, sino que tan solo tiene el derecho de usufructuar, y además porque sabe que el siervo es ageno. Y no solo se adquiere la propiedad por medio de los siervos en que se tiene el usufructo ó que se poseen con buena fé, ó por medio de una persona libre que con buena fé os sirve, sino tambien la posesion. Hablamos, empero, de entrambas personas segun la distincion que hicimos poco há; á saber, si hubiesen obtenido la posesion por medio de vuestras cosas ó de sus trabajos.

COMENTARIO.

1. *Si el poseedor de buena fé está tenido á restituir al dueño que vindica á su siervo lo que queda existente de los trabajos de este?*
2. *Si es verdadero* simpliciter *lo que Justiniano dice que el usufructuario no posee?*

Lo propio que se ha dicho acerca de los siervos fructuarios se observa tambien en los poseidos con buena fé, de modo que aquel que con buena fé sirve á alguno, ya sea siervo ageno, ya sea hombre libre, todo lo que adquiere por medio de las cosas de aquel á quien sirve ó por su trabajo, lo adquiere para el poseedor de buena fé, *d. l.* 10. §. *idem placet.* 4. *l. liber.* 19. *de acq. rer. domin.*; pero esto solo en cuanto el poseedor tenga buena fé, y mientras así poseyere; pues si empezare á saber que aquel que sirvió con buena fé es libre, ó un siervo de otro, desde luego deja de poder adquirir por medio del mismo, *l. qui bona* 23. §. 1. *l. quæsitum* 40. *eod.*; y lo que adquiere fuera de estos dos modos pertenece ó al mismo poseedor con buena fé si fuere libre, ó á su dueño si fuere siervo. Fuera de estos modos principalmente hay la herencia, el legado y la donacion, *d. l. liber.* 19. *l. homo* 54. *eod.* Con todo, tambien en la persona de aquel que es poseido con buena fé debe admitirse la limitacion anterior; esto es, á no ser que lo que se hubiere donado ó dejado hubiere sido por contemplacion al poseedor de buena fé, en cuyo caso lo adquiere este *l. aditio* 45. §. *ult. de acq. hær.*

1. *Itaque quod extra istas duas causas*) A causa de que segun mas arriba dijimos esto no es fruto, y solo aquello que es tal se hace del poseedor de buena fé, lo propio que de

usufructuario. Puede preguntarse acerca de aquel, pues que acerca de este no puede tener lugar semejante cuestion, si del mismo modo que el usufructuario está tenido á restituir al dueño que vindica su cosa los frutos presentes y existentes del fundo ageno, segun lo que se ha dicho en el §. 35. *sup. de rer. div.*, está tambien tenido dicho poseedor de buena fé á restituir al dueño que vindica su siervo lo que existiere de lo que el mismo hubiere adquirido por medio de su trabajo. Propongo la cuestion solo de las cosas adquiridas por el trabajo del siervo; pues apenas puede caber duda en que lo que ha adquirido con ocasion de las cosas del possedor se hace perpétua é irrevocablemente de este; pero lo que el poseedor adquiere procedente de los trabajos del siervo, á cada paso se compara con los frutos del fundo, *l. qui scit* 25. §. 1. *de usur. l. quæsitum* 50. *in fin. de acq. rer. dom.* Soy, con todo, de opinion que tambien esto lo adquiere irrevocablemente el poseedor de buena fé, y que cede en su favor en compensacion de los alimentos y otras impensas que necesariamente se hacen en un siervo, y no pueden estimarse de fijo. Ni obsta á esto la mencionada comparacion, pues que de ella no se sigue que deba ser absolutamente igual en todo la condicion de las cosas referidas y la de los frutos, y en *d. l. quæsitum* 40. se comparan aquellas con los frutos consumidos, los que es sabido que los lucra el poseedor de buena fé.

Sed bonæ fidei possessor quum usuceperit). Completada la usucapion el poseedor adquiere de cualquier modo que sea por medio del siervo; pues que la usucapion le hace dueño del mismo en pleno derecho. Esto, empero, no puede referirse al hombre libre poseido con buena fè, puesto que no puede usucapirse.

Fructuarius usucapere non potèst, etc.) Dice insiguiendo á Cayo, *d. l.* 10. §. *ult. de acq. rer. dom.* que el usufructuario no puede usucapir (a), y esto por dos causas; primera, porque no posee; y segunda por la mala fé, por cuanto sabe que el siervo es ageno. Una sola de estas circunstancias basta para impedir la usucapion, pues que esta no puede tener lugar, ni sin la posesion, ni sin la buena fé del poseedor, que cree que es suya la cosa, como se ha demostrado mas arriba en el título *de la usucapion.* Y acerca de la mala fé del usufructuario no hay duda ninguna, pues no puede ignorar que no es dueño de las cosas que tiene en usufructo y en el mismo hécho de llamarse usufructuario reconoce otro dueño.

2. Lo que, empero, se dice simplemente que no posee, no está exento de toda dificultad; pues en otras partes se llama por el contrario poseedor, y se dice que posee, *l. uti frui* 5. *in fin. pr. et* §. *si usuf. pet.* (b); y en la *l.* 12. *de acquir. poss.* se dice tambien que posee naturalmente; mas esto no es contradictorio; pues tambien el colono, el comodatario y depositario se dice que poseen naturalmente, *l.* 2. §. 1. *pro hæred. l.* 7. §. *neque colonus* 11. *com. div.*; al paso que en otras partes se niega absolutamente que posean y que tengan posesion ninguna; *l.* 9. *de rei vind. l. non solum* 35. §. 1. *circa fin. de usuc. l.* 6. §. 2. *de precar.* §. *possidere* 5. *inf. de interd.* Esto quiere decir, pues, que ni estos, ni el usufructuario poseen realmente; esto es, civilmente con intencion de ser dueños de la cosa, sin cuya intencion no tiene lugar la usucapion, pues solo tienen la posesion en nombre de otro, quien la conserva y se considera que posee por medio de los mismos, *d.* §. *possidere* 5. *inf. de interd. l. generaliter* 9. *l. quod meo* 18. *in pr. de acq. poss. l.* 6. §. 2. *de precar.*; cuyos textos hablan del usufructuario en los mismo términos. Ni por otra razon se dice que la retencion del usufructo es una especie de tradicion, sino porque aquel que retiene el usufructo deja de poseer para sí, y empieza á verificarlo en nombre de otro. Así pues cuando, se dice que este posee naturalmente, ó simplemente que posee es un modo de hablar impropio, con el que se significa tan solo la detencion material de la cosa, *l. possessio* 49. *de acquir. poss. l.* 1. *C. com. de usuc.* Con todo, aunque el usufructuario no posea, como que tiene un derecho de retener la cosa y percibir todo el emolumento proveniente de la misma, por esta razon se le conceden tambien los interdictos posesorios, los que se deniegan á todos aquellos que tienen tan solo la posesion natural, *l.* 3. §. *unde vi* 13. *de vi et de vi arm. l. ult. uti possid.* Sobre esto no podemos extendernos mas en este lugar.

Non solum proprietas, sed etiam possessio). *L.* 1. §. *sed et* 6. §. *per cum* 6. *l. possesio* 49. *in pr. de acq. poss.* A saber, porque el siervo adquiere por cualquier causa la posesion para el que es su dueño, §. 3. *sup. eod.*; y se observa que todo lo que aquel que tiene un pleno derecho en el siervo adquiere por cualquier modo, lo mismo adquiere tambien el usufructuario por medio

(a) L. 5. tit. 30. P. 3. vers. *Pero aquel.*

(b) D 1.

de los siervos cuyo usufructo tiene, y el poseedor de buena fé por medio de aquellos que posee, ya por medio de su cosa ó por el trabajo de estos. Nada hace para el caso el que el usufructuario no posea los siervos; pues tampoco el padre posee los hijos, *d. l.* §. *per cum* 8. *de acq. poss.*; ni tampoco poseen el procurador, tutor ó curador, y sin embargo es sabido que por todos ellos podemos adquirir la posesion, *d. l.* 1. §. *per procuratorem* 20.

TEXTO.

De reliquis personis.

6. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed et ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit; vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

COMENTARIO.

De las demás personas.

He aquí tambien se deduce que por medio de los hombres libres que no están sujetos á vuestra potestad, ni poseeis con buena fé, tampoco por los siervos agenos en los que no teneis ni el usufructo ni la posesion lejítima no podeis adquirir por medio ninguno. Y esto es lo que se dice que por medio de una persona estraña nada puede adquirirse excepto la posesion, la que segun la constitucion del emperador Severo podemos adquirir, no solo á sabiendas, sino tambien ignorándolo por medio de una persona libre; por ejemplo, por medio de un procurador, y por esta posesion tambien el dominio si fuere señor de la cosa aquel que la entrega, ó por medio de la usucapion y prescripcion de largo tiempo si no lo fuere.

NOTAS.

6. *Sed et ignorantibus*). *L.* 13. *de acquir. rer. dom. l.* 34. §. 1. *l.* 49. *ult. de acq. poss. l.* 1. *C. eod.* Con tal que queramos á pesar de que ignoremos en qué tiempo se ocupó la posesion por voluntad nuestra.

Per possessionem etiam dominium). Si fuere entregada por aquel que era su dueño, y quiso transferirnos el dominio, *d. l.* 13. *l.* 20. §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 8. *de acq. poss.*

Vel usucapionem). Esto es, el derecho, la facultad de usucapir. Hay la diferencia de que el dominio se adquiere aun por el ignorante, por medio del procurador á quien á su nombre se ha entregado la cosa; pero la facultad de usucapir, solo se adquiere despues de haber llegado á noticia del dueño que ha sido entregada la cosa, *l.* 47. *de usuc. l.* 1. *C. de acq. poss.*; pues la usucapion requiere la buena fé del poseedor, la que no puede decirse que tenga aquel que ignora que posee.

COMENTARIO.

1. *Por qué puede adquirirse la posesion y no ningun otro derecho por medio de una persona estraña?*
2. *Como á consecuencia de la posesion adquirida, adquirimos tambien el dominio ó el derecho de usucapir.*
3. *Pero esto solo despues que hubiese llegado á nuestra noticia.*

De la enumeracion de las personas por medio de las que manifestó hasta aqui que pódia adquirirse, deduce como de la enumeracion de las partes, que no podamos adquirir por medio de una persona estraña, esceptuando tan solo de esto la posesion. Por persona estraña entendemos un hombre libre que no está sujeto á nuestra potestad, ni lo poseemos con buena fé, ó bien un siervo ageno en el que no tenemos ni el usufructo, ni la posesion lejitima. En una palabra, por persona estraña aquí se entiende todo el que no hace para nosotros las veces de un instrumento animado.

Nihil acquiri posse). Esto es, ni el dominio ú otro derecho real, ni la obligacion ó accion *l.* 1. *C. h. t. l.* 11. *de obl. et act. l.* 5. *in pr. quod. vi aut clam. l. quo tutela* 57 *ult. de reg. jur. l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *de rer. obl.* La razon de esto es porque el objeto del derecho civil es que cada cual se cuide de lo que le interesa, y no de lo que interesa á otro, *d. l.* 11. *de obl. et act. d. l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *de verb. obl.* Las escepciones de esta regla acerca la adquisicion de la obligacion por medio de un estraño las veremos en el §. 4. *inf. de inut. stipul.* VINN. A esta regla parece que se opone la *l.* 15. *ff. constit. pecun.*, en la que Hotomano *observ.* 4. 12. no vacila en intercalar la partícula negativa *non.*; pero malamente, puesto que en ella se pone una escepcion de dicha regla; á saber, cuando uno tan solo presta su ministerio. HEIN.

Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem). Exceptúa la posesion, la cual podemos adquirir por medio de cualquiera que la ocupe en nuestro nombre; esto es, con la intencion de poseer por nosotros, *d. l.* 1. *C. h. t. l.* 1. *C. de acq. poss.*

7. solutum 11. §. *de pign. act. l. traditio* 20. §. *ult. l. ea quæ* 52. *de acq. rer. domin.* (a); cuyos lugare sujieren tambien la razon porque se ha recibido esto con respecto á la posesion; á saber, porque esta se adquiere por un acto natural, y por la ocupacion corporal de la cosa, para la que nos podemos mas fácilmente valer del trabajo y ministerio de otro, que en aquellos actos por los que se adquiere civilmente de diferentes modos: por ejemplo, estipulando, contrayendo, ó aceptando lo legado. Con todo, aun esto de que podemos adquirir la posesion por medio de una persona libre parece haberse introducido por utilidad contra la estricta razon del derecho, *d. l.* 1. *et l.* 8. *C. de acq. poss. d. l. solutum* 11. §. *pen. de pign. act.*

Veluti per procuratorem). En union con Bartolo en la *l.* 13. *de donat.* entiendo que no solo se habla del procurador que tiene mandato especial, sino tambien de aquel á quien se ha entregado la administracion de todos los bienes; pues pudiendo el procurador general exijir, recibir, comprar y vender en cuanto lo requiera la misma administracion, §. *nihil autem* 42. *sup. de rerum div.* no sé conocer la razon porque ha de hacerse diferencia entre él y el procurador especial. Con todo, á no ser por causa de la administracion no basta el mandato general para adquirir la posesion para el dueño, sino que, ó bien se requiere un mandato especial, ó bien la ratihabicion del dueño, *l.* 42. §. 1. *de acq. poss.*

Non solum scientibus, sed et ignorantibus). En muchas leyes se dice expresamente que podemos adquirir la posesion por medio de procurador, aun ignorándolo, *l. si procurator* 13. *de acq. rer. dom. l. si me* 34. §. 1. *l. possessio* 49. §. *ult. de acq. poss. l.* 1. *C. eod.*; y no obsta á esto lo que se dice en la *l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. dom.* de que adquirimos la posesion por medio de cualquiera, solo queriéndolo; pues que no es contradictorio el que la posesion pueda adquirirse aun ignorándolo, y que solo se adquiere queriéndolo, por cuanto podemos ignorar en que tiempo ocupó la posesion nuestro procurador, y á pesar de esto siempre que lo verifique, lo hace con nuestra voluntad pues le hemos encargado que la ocupase.

Et per possessionem dominium). Asi como adquirimos la posesion por medio de procurador asi por medio de la posesion adquirimos el dominio, si la hubiere entregado aquel que era dueño de la cosa, queriéndole transferir el dominio, *d. l.* 13. *l. traditio* 20. §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 8. *C. de acq. poss.*; pues habiendo admitido que podemos adquirir la posesion por medio de una persona libre, fué una necesaria consecuencia el que pudiésemos adquirir el dominio por medio de la posesion de antemano alcanzada, si hubiese sido entregada por el dueño de la cosa con ánimo de transferir el dominio; pues no puede suceder que aquel que habiéndosele entregado una cosa con justa causa traslativa de dominio por el dueño ha empezado á poseerla, no se haga desde luego dueño de la misma. Cuando decimos empero, que adquirimos por medio de procurador la posesion, y por esta el dominio, no queremos decir que primero lo adquiera el procurador, quien nos lo transfiere á nosotros, sino que por ministerio del mismo directamente adquirimos la posesion y como una consecuencia de esta, en el caso que dijimos, tambien el dominio. De ahí aparece que es ajeno del caso lo que muchos doctores dicen aquí que la razon, porque se adquiere con mas facilidad por ministerio de otro el dominio que la obligacion, es porque los derechos personales y las obligaciones están mas inherentes á la persona.

Vel usucapionem). Es decir, el derecho de usucapir, pues que es constante que en el caso en que se adquiere desde luego el dominio si fuese dueño de la cosa aquel que la entrega, para transferir el dominio, en el mismo tambien se adquiere la facultad de usucapir, si no fuere dueño. Con todo, hay una remarcable diferencia entre estos dos casos, la que ha omitido aqui Triboniano; pues si aquel que entrega en nombre mio una cosa á mi procurador es dueño de ella adquiero el dominio de la misma, aun ignorándolo, *d. l.* 13. *de acq. rer. dom.*; pero si no fuere dueño no consigo el derecho de usucapir hasta tanto que haya llegado á mi noticia, *l.* 1. *C. de acq. poss. l.* 47. *de usucap. l. possessio* 49. §. *ult. de acq. poss.*, por la razon de que aquel que ha de usucapir no basta que posea, si no tiene buena fé, y esta nadie dirá que la tenga aquel que ignora que posee.

Aut longi temporis præscriptionem). Pudo haberse omitido esto; pues desde que Justiniano hizo una sola especie de los dos antiguos modos de adquirir, la usucapion y prescripcion de largo tiempo, *l. un C. de usuc. transform.*, habria bastado haber hecho mencion tan solo de uno de ellos; ó de la usucapion, ó de la prescripcion.

«En España se adquiere la obligacion tam

(a) L. 3. y l. 6. tit. 30. P. 3.

« bien por medio de procurador segun la *l.* « 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*; aunque « por derecho antiguo disponia otra cosa la « *l.* 7. *tit.* 11. *P.* 5. »

TEXTO.

Transitio.

7. Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo et ipso singulæ res vobis acquiruntur; item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo hæredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerit, ejus res omnes ad vos transeunt. At prius de hæreditatibus dispiciamus. Quarum duplex conditio est. Nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt; qua in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.

TRADUCCION.

Transicion.

Basta haber tratado hasta aquí de los modos como adquiris las cosas singulares, pues que los legados por los que adquiris tambien las mismas, y los fideicomisos en que os dejan tambien cosas singulares los esplicaremos mas bajo en un lugar mas oportuno. Veamos, pues, ahora de que modo adquirimos las cosas por universalidad. Si hubiéreis sido, pues, instituidos herederos por alguno, si hubiéreis pedido la posesion de sus bienes, ó si hubiéreis arrogado á alguno, ó se os hubiesen adjudicado los bienes de alguno por causa de conservar las libertades, todos sus bienes pasarán á vosotros. Y en primer lugar tratemos de las herencias. Estas son de dos especies; pues, ó las adquirimos por testamento ó ab intestado, y primeramente trataremos de las que os vienen por testamento, en cuya materia es preciso empezar por el modo de hacer los testamentos.

NOTAS.

7. *Si cui hæres, etc.*). Sobre los modos de adquirir por universalidad, que antiguamente fueron muchos, (véase á Concio, 4. *disp.* 12.) solo quedaron estos cuatro: la adicion de la herencia, la posesion de bienes, *inf. tit.* 10. *lib.* 3. la arrogacion, y la adjudicacion de bienes por causa de conservar la libertad, *tit.* 11. *et* 12. *lib.* 3.

COMENTARIO.

1. *Las palabras per universitatem, no significan un titulo de adquirir, sino la cosa que se adquiere.*
2. *Del antiguo modo de adquirir por universalidad solo quedan cuatro, que son los que menciona Justiniano.*
3. *Qué cosa sea herencia?*
4. *De qué modo se defiere?*

Explicados los modos por los que por derecho civil se adquieren las cosas singulares pasa el Emperador á aquellos por los que se adquieren las universales, ó con los que adquirimos una universalidad; pues que aquí no deben mirarse menos los modos y títulos de adquirir, que la universalidad de la adquisicion, por cuanto tambien puede donarse y legarse una universidad de bienes, *l. non amplius* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l. si unquam* 8. *C. de revocat. donat.*; y puede tambien venderse, *tot. tit. de hæred. vend.*; y sin embargo estos títulos naturalmente son singulares; esto es, destinados para la adquisicion de cosas singulares, pues no dan los mismos derechos de adquirir universalmente que, por ejemplo la herencia; y esto se hecha de ver en las acciones directas, ya activas, ya pasivas. Los solos modos de adquirir universales por su naturaleza son los que enumera aquí el Emperador.

Legatorum jus; item fidei comm. opportunius inferiore loco). Responde y tácitamente remueve la objecion que pudiera hacerse acerca la alteracion del método, á causa de que en el tratado de las adquisiciones de las cosas singulares por derecho civil no hemos explicado todos los modos que le pertenecen, como parecia exigirlo así el buen órden, sino que omitiendo una parte de ellos pasa intempestivamente á otra especie; pues los legados y fideicomisos pertenecen á los modos singulares de adquirir, lo propio que la usucapion y la donacion. Por esta razon dice que no lo ignora, y que de propósito deja el tratado de estas cosas para otro lugar mucho mas oportuno, pues que su orígen, causa comun y efectos parece que exigen absolutamente que no se trate de ellos hasta despues de haber hablado de los testamentos, *inf. de legat. in pr.*

Per universitatem). Esto es, aquellos por los que adquirimos universalmente y por una sola adquisicion todos los bienes de alguno, todas las cosas y el derecho universal del mismo, no cada cosa separada de por si; pues así lo dice poco despues, cuando dice: *Si hubiéreis sido instituidos herederos de alguno, etc., todas sus cosas pasan á vosotros*; y Cayo *lib.* 2. *tit.* 2. *in pr.* dice: *por universalidad, esto es, adquirimos por la herencia todos los bienes á la vez*; véase la *l. hæreditas* 62. *de reg. jur. l. nihil aliud* 24. *de verb. sign. l.* 3. §. 2. *de bon. poss.* Vultejo piensa que con estas palabras *por universidad* se da

á entender el título de la adquisicion, no las cosas que se adquieren; pero pienso que opinó muy mal; pues ¿quién oyó decir nunca que se atribuyera á la universalidad el título, ó llamar universales á algunos títulos? Pues correspondiendo tan solo estas palabras á las cosas, y no á todas, de aquí es que ciertas cosas se llaman singulares, y otras universales; y se dice universalidad de cosas ó de bienes, pero no de títulos. Con todo, del mismo modo que las acciones por las que pedimos una universalidad de bienes las llamamos por su objeto universales, como sucede con la peticion de la herencia, aquellas por las que pedimos una cosa sola como es la vindicacion, singulares y especiales, *l.* 1. *l. in speciali* 73. *de rei vind. l.* 1. *ut responsum* 15. *P. de transact.* así tambien llamamos universales los títulos que pertenecen por adquisicion á la universalidad; esto es, por todas las cosas de alguno, y singulares los que pertenecen á todas las cosas singulares. En una palabra, la universalidad no es una causa ó título, ni tampoco un modo de adquirir, sino lo mismo que se adquiere, por ejemplo, la herencia que el heredero obtiene por medio de la adicion, §. *ult. inf. de hær. qual.*

Si cui ergo hæredes facti, etc.). Antiguamente eran varios los modos universales de adquirir. Concio enumera siete, *lib.* 1. *disp. c.* 12., de los cuales han caido en desuso la sucesion por medio de la venta de los bienes del deudor, y la que tenia lugar por la reduccion ó esclavitud de una muger libre, conforme el senado-consulto Claudiano, *inf. tit de succ. sublat. quæ fieb. per bon. vend. et ex S. c. Ce.*, lo propio que la coencion que tambien era una especie de sucesion por universalidad, pues antiguamente desde que la muger habia recaido en la potestad del marido, todo lo que aquella tenia se hacia de este con el nombre de dote, segun Julio *in top. c.* 4. en cuyo lugar véase á Boccio acerca del rito de la coencion. Solo, pues, quedaron cuatro, de los que por esta razon hace mencion únicamente Justiniano; y que son la adicion de la herencia, la posesion de bienes, la arrogacion y la adquisicion de bienes por causa de conservar la libertad; á los que se añade tambien la sucesion del fisco en los bienes de los condenados, ó de aquellos que mueren sin heredero, *arg. deportatus* 15. *de interd. et rel. l.* 4. *de jur. fisc.*; como tambien la profesion religiosa, pues Justiniano en la *Nov.* 5. *c.* 5., de donde se ha sacado la auténtica *ingressi C. de sacros. eccl.* dispuso que el monasterio adquiriese todos los bienes del que hubiese entrado en la religion, excepto en el caso que tuviese hijos entre los que puede el padre dividir su patrimonio, reteniendo tan solo una parte á la que sucede el monasterio. Con todo, ni la sucesion del fisco ni la del monasterio es simplemente universal como las del heredero y la del poseedor de bienes, etc.; de suerte que estén tenidos á reconocer las cargas; pues aunque son responsables para con los acreedores, con todo no sienten perjuicio ninguno si los bienes no fueren suficientes. De los cuatro modos universales de adquirir que se proponen aquí, solo hay uno por el que se sucede durante la vida; á saber, la arrogacion: por los demás se sucede á un difunto.

Prius de hæreditatibus). En la explicacion de esto se emplea toda la parte que queda de este libro y los nueve primeros títulos del siguiente. Solo que se mezcla el tratado de los legados y fideicomisos por la analogía de la materia. La herencia, propiamente hablando, no es otra cosa que el derecho universal que competia al difunto ó contra el difunto, al tiempo de su muerte. De ahí es que entre nuestros autores la palabra *herencia* significa cierta universalidad y derecho de sucesion, *l. bonorum* 208. *de verb. sig.* Bajo el nombre de derecho se comprende tambien una herencia gravosa, *l. hæreditatis* 11. *l. pecuniæ* 178. §. 1. *eod.*, y tambien una herencia en la que no haya ningun cuerpo material se considera tal, segun el derecho, como dice Papiniano en la *l. hæreditas* 50. *de hær. pet.* Y para manifestar que se llama heredero aquel que sucede en todo el derecho del difunto, y que toma á su cargo todos sus derechos y cargas, define la herencia diciendo ser, la sucesion en todo el derecho que tuvo el difunto, *l. nihil.* 24. *de verb. sign. l. hæredieas* 62. *de reg. jur.* Propiamente, empero, la sucesion y el derecho de suceder pertenecen al heredero, no á la herencia, siendo esta aquel derecho que adquiere el heredero por medio de la sucesion, *tot. tit. de acq. hær.*; y así acostumbro á esplicar esta definicion insiguiendo á Ulpiano en la *l.* 3. *in pr. de bon. poss.* Mas arriba en el título de las cosas corporales é incorporales hablamos de esto con mas estension.

Vel ex testamento, vel ab intestato). La adquisicion de la herencia consta de dos partes; de la delacion y de la adicion. Aquella es el derecho ó título de adquirir; esta es el modo; y así no puede adquirirse la herencia antes de haber sido deferida, y se considera deferida desde que uno puede conseguirla por medio de la adicion, *l. delata* 151.

verb. sign. Defiérese la herencia, ó en testamento ó por la ley ab intestado, *l.* 1. *et* 2. *seq. de hær. pet.* Por lo que, de los herederos unos son testamentarios, otros legítimos; y tambien la herencia una es testamentaria y otra legítima, *l. in plurium* 70 *de acquir. hær l.* 6. §. 2. *quæ in fraud. cred.* Debe, con todo, saberse que se trata aquí primero de la delacion directa de la herencia; pues que indirectamente, esto es, por fideicomiso puede dejarse no solo en testamento, si que tambien en codicilos, y no solo haciendo testamento sino tambien muriendo ab intestado, y aquel á quien se ha restituido una herencia por fideicomiso se considera heredero segun el senado-consulto Trebeliano como diremos en el título de las herencias fideicomisarias, que es el antepenúltimo de este libro. Luego despues se trata de la herencia que se defiere y adquiere por derecho civil, aunque el poseedor de bienes por derecho pretorio en el efecto es lo mismo que el heredero, y la posesion de bienes lo mismo que aquí se distingue de la herencia, en su efecto no es otra cosa que esta misma, *l.* 1. 2. 3. *de bon. poss. l. hæreditatis* 138. *de verb. sign.*; habiendo tan solo alguna diferencia en el tiempo y modo de adquirir, como veremos en su respectivo lugar, mas abajo al tratar de las posesiones de bienes.

Quæ ex testamento obveniunt). Es comun el hablar primero de la voluntad de los testadores, y en seguida de la sucesion intestada, segun dice Ulpiano *l.* 1. *si tab. test. nul. ext.*, á causa de que siempre fué preferida la herencia testamentaria á la legítima; pues por las palabras de la ley de las doce tablas: *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, se confirma la voluntad de los testadores cuando aquella se declara, y por testamento puede adirse la herencia, sino se defiere ab intestato, *l. quamdiu* 59. *de acq. hær.* Como, empero, para que pueda deferirse y adquirirse una herencia por testamento se requiere que este sea justo; esto es, que esté ordenado conforme á las reglas y preceptos del derecho civil, por esta razon añade que es necesario empezar la esplicacion de esta materia por el modo de hacer los testamentos.

TÍTULO DÉCIMO.

Del modo de hacer los testamentos.

CONC. CON EL DIG. L. 28. TIT. 1. CON EL COD. LIB. 6. TIT. 23. Y CON LAS NOV. 66. Y 119. C. 9. (a

Explícanse de paso las varias especies de testamentos y la razon del método de Justiniano.

Al fin del precedente título se ha dicho que cuando se trata de adquirir la herencia deferida en testamento debe mirarse ante todo si este es válido y si está bien hecho, y que por esta causa el emperador empieza este tratado explicando el modo de hacer los testamentos. Con todo, como esta doctrina no pertenece á todos los testamentos, sino tan solo á los de los paganos, y aun de estos á aquellos que se apoyan en la fé privada, de los cuales los hay de escritos y de no escritos; para evitar toda confusion dividiremos primero en várias especies los testamentos, esplicando despues como se hace cada uno de ellos, en los lugares en que lo trata el Emperador. El testamento en general no es otra cosa que la última voluntad por la que uno elije heredero ó sucesor de sus bienes. Hay dos especies: una comun á todos los ciudadanos romanos, que se llama pagano, y otra propia de los militares, el que por esta causa toma el nombre de militar. Entrambos se subdividen en escritos y no escritos ó nuncupativos, §. *ult. inf. eod. et* §. 1. *tit. seg.* (b). El comun ó pagano, ó se apoya en la fé pública ó en la fé privada *l.* 19. *C. hoc. tit.* Estando, pues, sujetos á las leyes que arreglan las solemnidades de los testamentos tan solo los de los paganos que se apoyan en la fé privada, y no observándose ninguna de ellas en los de los militares, debe advertirse que nada de lo que se dice simplemente que debe guardarse en el modo

(a) Tit. 1. P. 6. y tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

(b) L. 1. tit. 1. P. 6. vers. E. son, v. l. 1. y sig. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

de hacer los testamentos aquí y á cada paso en otros lugares de este tratado, se refiere á los testamentos de los militares; y asi en todo el derecho, cuando se dice simplemente testamento se entiende el comun. El que los testamentos de los paganos estén bien hechos, y sean válidos por derecho civil depende de la persona del testador y de las cosas que necesariamente debe comprender el testamento, lo que Cayo expresa de este modo en la *l. 4. h. t. Si preguntamos si el testamento es válido debemos atender primero á si aquel que hizo el testamento tenia la testamentifaccion, y en caso de tenerla preguntaremos si ha testado conforme á las reglas del derecho civil.* Estas reglas, empero, se refieren, ó al modo de testar, ó á las cosas que el testamento debe comprender para que sea válido. Todo esto lo trata Justiniano por su órden, empezando por el modo de testar, hablando en seguida de las personas de los testadores, *inf. tit.* 12., y de las cosas que deben comprenderse necesariamente en el testamento., *tit.* 13. *y* 14. Enumera aquí primeramente los modos antiguos y desusados de testar; con qué ritos empezaron a hacerse posteriormente los testamentos, primero por escrito, y luego sin escrito, declarándose en público la voluntad. Con todo, esto solo se refiere á aquellos testamentos que se apoyan en la fé privada, pues si uno quiere hacer un testamento público del que aquí ha omitido Justiniano hablar podrá hacerlo delante del príncipe por medio de súplica ó rejistrándose en las actas judiciales, ó ante el municipio; y en estos casos no se requieren ni testigos ni ninguna otra solemnidad, *l. omnium* 19. *C. h. t.* y allí la glosa y los doctores. Minsing. 6. *obs.* 29. Boct. *dec.* 228. (a).

TEXTO.

Etymologia.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.

TRADUCCION.

Etimologia.

El testamento se llama así porque es el testimonio de la voluntad (b).

NOTAS.

Testatio mentis). Esto es mas bien una alusion que no la etimologia, segun á cada paso lo hacen nuestros autores, *l.* 1. *de acq. poss. l.* 1. *de Novat. l.* 2. §. 2. *de reb. cred. l.* 35. §. 1. *de mort. caus. don.* La definicion se encuentra en Modestino *l.* 1. *D. h. t.* Ulpian. *tit.* 20.: véase con mas extension en el comentario.

(a) L. 5. tit. 1. P. 6.
(b) D. l. 1. tit. 1. P. 6.

COMENTARIO.

1. *No se pone aquí la verdadera etimología del testamento, sino que por una especie de analogía etimológica se manifiesta la conformidad de la palabra con la cosa.*
2. *Examínase la definicion que dá Modestino del testamento, y se dá otra mas perfecta.*
3. *El testamento en general considerado es de derecho de gentes, y en especial de derecho civil.*

1. *Quod testatio mentis sit*). Por medio de una alusion etimológica manifiesta la conformidad de la cosa con la palabra imitando en esto á S. Sulpicio quien para expresar con mas fuerza el efecto de la cosa dijo, que el testamento era una palabra compuesta de dos; á saber *testatio mentis.* Semejante modo alusivo de derivar los nombres es muy familiar á los autores; pues así como en las cosas jocosas deleita la gracia, así tambien en las cosas sérias es recomendable por la utilidad que tiene para aclarar las cosas. Así sucede en aquello de Ciceron quien en el *lib.* 1. *de off. c.* 6. dice que la fé se llama así porque *fiad, quod dictum est.* Tambien aquello de S. Agustin que *mentiri inde dictum, quod sit contra mentem ire.* Semejante es tambien lo que dice Prisciano, *argumentatio dicta est, quasi argumentæ mentis oratio.* En nuestros autores ocurre tambien esto á menudo: tal es lo que dicen Paulo y Labeon que la posesion se llama así: *sedium possitione, l.* 1. *in pr. de acquir. poss.*; y lo de Ulpiano que dice que la novacion recibió el nombre de *nueva obligacion, l.* 1. *de Novat.* De la misma especie se encuentran las *ll.* 3. *de dam. inf. l. senatus* 35. §. 1. *de mort. caus. don. l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Y semejante á esto es lo que Celso dice que el derecho *jus* se llama así *á justitia, l.* 1. *in pr. de just. et jur.* Estas y otras cosas semejantes, aun que no sean así en realidad con todo tienen una fuerza especiosa de probar la verdad; del mismo modo que los ejemplos y comparaciones fingidas prueban tanto como las verdaderas; y no encuentro razon ninguna porque Aulo Gelio 6. *noct. Attic.* 12. reprende á Servio autor de la alusion propuesta, para que Valla critique, *l.* 6. *elegant.* 36. con tanta aspereza á Justiniano diciendo que introdujo de nuevo una desusada y risible etimologia, considerando a

mismo *lign. de critica*; pues ¿quién ignora que testamento no es una palabra compuesta sino simple, y que si se busca su verdadera etimología dirémos que viene de testar? Y que el que la cosa y la palabra concuerden es fortuito, y que en otras palabras formadas de un modo semejante sucede lo propio; y por lo tanto no pueden declararse por alusion semejante? Y digno de reprension considero tambien á Goeddeo, quien en la *l. nomen* 164 *de verb. sign.* dice que semejante modo de hacer derivar las palabras puede acomodarse tambien á estas otras, *vestimentum*, *ornamentum*, *calceamentum*, y otras semejantes por la preciosa razon de que tambien consta que el sastre, el zapatero, etc. se valen del ausilio del entendimiento en su trabajo; ó porque nadie sin el ausilio del entendimiento se viste, adorna ni calza; y así, si seguimos á Goedeo podrá llamarse el vestido *vestimentum* á causa de que es el acto de vestir el entendimiento, y el calzado, *calcementum* porque es el acto de calzar el entendimiento. Dirémos pues, tambien que *excrementum* se llama así porque es la excrecion del entendimento? Mas bien habria querido que hubiese dicho que tenia miedo al cancerbero que no que hubiese charlado tan lijera é inconsideradamente. Dedúcese, pues, de las palabras de este texto y de la disputa de Gelio que Justiniano y Servio no quisieron dar una definicion del testamentó ó de la misma cosa sino tan solo indicar la etimología del nombre. Y esta es tambien la intencion de Teófilo, aunque le parezca de diferente modo al docto Salmasio, *lib. de usur. c. s.* VINN. Muy bien en todo nuestro autor, á cuyas observaciones debe añadirse que nuestros jurisconsultos imitan en estos segun su costumbre á los estóicos, pues semejantes alusiones estaban muy en uso entre los mismos, Ciceron *de off. l.* s. *c.* 6. Séneca *epist.* 88. Advirtiónos ya esto el ilustre Merillio, *obs. lib.* s. *cap.* 10., y antes de él el sábio Cujacio *obs. lib.* 11. *c.* 37. Debe observarse aqui tambien lo que acerca de esta máteria disputan algunos doctos varones contra Valla en Duckavo *de latin. vet. J. C. t. p.* 23. *seq. et p.* 462. HEIN.

2. Modestino *l. s. h. tit.* nos da la difinicion del testamento diciendo que es la *justa declaracion de nuestra voluntad acerca de lo que cada uno quiere que se haga despues de su muerte.* Por *justa* entendemos aquí solemne ó plena, esto es, íntegra y de todos los bienes; (pues entrambas significaciones corresponden á esta palabra) con cuya palabra se excluyen de aquí los codicilos. Mas clara, empero, es la definicion de Ulpiano *in fragm. tit.* 20. ; quien dice: *el testamento es la justa declaracion de nuestra voluntad hecha solemnemente para que valga despues de nuestra muerte.* Lo que Modestino dijo voluntad, Ulpiano llama declaracion como tambien en la *l. qui testamento* 20. §. *et. veteres* 8. *h. t.*; en donde dice última contestacion ó declaracion; pues no es una simple enunciacion ó declaracion de la voluntad sino declarada y manifestada delante de aquellos á quienes se rogaba para que fuesen testigos de este modo, *hæc uti in tabulis scripta sunt, ita vos. Quirites, testor. Itaque testimonium perhibitote.* Será mas perfecta, empero, la definicion si decimos que el testamento es *la última declaracion hecha por medio de testigos solemnemente para tener despues de nuestra muerte el heredero que queremos;* pero los legales no son de esencia de los testamentos, *l.* 1. §. 3. *de hæred. instit.* Estas definiciones, empero, solo se refieren á aquellos testamentos que se hacen por derecho comun de todos los ciudadanos romanos, y no pertenecen á los que se hacen por derecho singula, tales como los de los militares, de los que hablarémos en el título siguiente, y algunos de los paganos, acerca de los que hablaremos de paso en el §. 4. *n.* 2. *h. t.*

3. Suele preguntarse aquí de qué derecho es la testamentificacion; si del derecho de gentes, ó del civil. A esto debe decirse que si en general, simple é indefinidamente se considera el uso de los testamentos es de derecho de gentes, pero si se considera especial y definidamente, de derecho civil; y esto es los que quieren decir los intérpretes cuando refieren el origen de los testamentos al derecho de gentes, y su forma al civil; esto es la forma propia y el modo de testar peculiar de cada república, pues no pienso que haya ninguno tan necio que crea que existe cosa alguna sin forma, ó que la facultad sencilla y conforme á derecho de gentes de testar, como se echa de ver en el testamento militar no tiene forma. En pocas palabras, el que los moribundos puedan disponer de sus cosas, es de derecho de gentes; no siéndoles este empero lícito sino de este ó de aquel modo segun el derecho civil. Una prueba nada débil es, aunque á *posteriori*, de lo que acabamos de decir el que casi todas las naciones reconocieron los testamentos, ó sea el derecho de disponer lo que uno quiere que se haga despues de su muerte. Diógenes Laercio en las vidas de los filósofos nos refiere algunos testamentos de estos. El profeta Isaias anuncia a Ezequia rey de Judá para que dispcnga de lo suyo

como que hubiese de morir luego, 2. *reg.* 20. y Tácito dice de los germanos como una particularidad que no habia entre ellos la costumbre de testar *lib. de morib. german. c.* 20 Tambien prueba lo mismo el que los soldados que se consideran testar segun derecho de gentes pueden instituir por heredero al deportado, *l.* 13. §. 2. *de testa. mil. l.* 17. §. 1. *de pœn.* Y conforme á esto Constantino dirigiéndose al pueblo dijo: *nada hay que sea mas debido á los hombres que el tener entera libertad de manifestar libremente su voluntad para cuando ya no puedan querer nada, l.* 1. *C. de sacros eccles.* Hay algunos, empero, que dicen que la facultad de testar es absolutamente de derecho civil, sin que quieran tan solo conceder lo que nosotros decimos, que considerada *simpliciter*, y en sí es de derecho de gentes. Niegan que sea conforme á la razon y simplicidad del derecho de gentes el que uno disponga de una cosa que no es suya; y así dicen que lo hace aquel que dispone de ella para un tiempo en que deja de ser su dueño. Mas esto es falso, pues no dispone de una cosa ajena, sino suya en el tiempo en que aun es dueño de ella, aunque suspende la ejecucion de su voluntad hasta el tiempo de su muerte; lo que no pugna con la razon natural mas de lo que pugnaria si uno donase á alguno todos sus bienes con la condicion de retenerse su posesion mientras viva; pues segun muy bien dice Grocio, *lib.* 2. *de jur. bel. et pac. c.* 6. *n.* 14. el testamento en su efecto no es otra cosa que una enagenacion hecha para el tiempo de la muerte y revocable antes de esta; reteniéndose entre tanto el derecho de poseer y disfrutar de la cosa. De que la sucesion que por derecho de sangre se defiere *ab intestado* realmente es de derecho comun, malamente se deducirá que sea ajeno de la razon del mismo derecho el disponer por última voluntad de sus bienes; pues que por aquel derecho no debe juzgarse que se adjudiquen simplemente los bienes del difunto á sus próximos parientes, sino solo en defecto de la última voluntad de aquel que fué su dueño, *arg.* §. *per traditionem* 40. *sup. de rer. div. d. l.* 1. *Cod. de sacros eccles.*; la cual confirma no solo el órden de la ley natural si que tambien la de las doce tablas al deferir la herencia. Las demás objeciones que se hacen son de poco peso; tal es aquella que dice Papiniano que la testamentificacion no es de derecho privado, sino público, *l.* 3. *h. t.*; pues que si tomamos en un sentido propio el derecho público, en cuanto es público por su utilidad, como en la division del derecho propuesto en el §. *ult.* *sup. de just. et jur. l.* 1. §. 2. *eód.* la testamentifaccion es de derecho privado. Solo se dice, pues, que es de derecho público por oposicion á los contratos y convenciones, por cuanto se hace por autoridad pública, *l.* 1. *ad leg. Falc. l. verbis* 120. *de verb. sign.*; y no se rige como un contrato privado por la voluntad de los particulares, sino por lo que disponen las leyes, *l. ult. de suis et legit. hær.*, aunque de lo que pertenece propiamente al derecho público, gran parte lo tomaron los romanos de las costumbres y leyes de otras naciones, como lo demuestro mas latamente en *d. l. ult.* Tampoco es de mayor monta lo que se dice del deportado que no puede hacer testamento ni recibir nada por él, *l.* 8. §. 1. *h. t. l.* 1. *C. de hær. inst.* á pesar de que retiene todo lo que es de derecho de gentes, *l. sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.*; pues tampoco puede contraer matrimonio, ni retiene la patria potestad, ni la tutela ni el derecho de sucesion por el parentesco; pues aunque todo esto lo derivó el pueblo romano del derecho de gentes como del manantial comun; con todo, se los apropió y separó de su comunion á los extranjeros. Ni decimos por esto que el testamento sea de derecho de gentes, del mismo modo que lo son los contratos, sino que se ha compuesto de tal suerte del derecho de gentes y del civil, que aunque sus principales partes sean de este último, y por esta causa deba el testamento contarse entre las cosas que son de derecho civil, con todo, debe referirse á aquellas que son de derecho mixto, no de derecho meramente civil y positivo; pues que el que uno pueda disponer de sus bienes para despues de su muerte es conforme al derecho de gentes, y en este sentido tambien en las instituciones se refiere entre los ejemplos de cosas del derecho de gentes el hacer testamento, *tit. de jur. nat. gent. in pr.*; véase lo que he dicho en el §. 1. *de d. tit.* Ridículo es lo que algunos deducen de lo que Tácito escribe, que en su tiempo los germanos no tenian en uso los testamentos, que la testamentifaccion no es conforme al derecho de gentes, pues que el mismo Tácito dice en dicho lugar que tampoco estaba en uso en dicha nacion la compra y venta, por cuanto no conocian el dinero. Y por otra parte, es de hombres cavilosos el querer juzgar del derecho de gentes por el uso y costumbre de un solo pueblo: véase á Viglio *ad* §. 2. *h. t.* VINN. No parece claro enteramente que la testamentifaccion sea de derecho de gentes, ya se entienda por ella la facultad que la razon natural constituyó entre todos los hombres,

ya aquella que por exijirlo así el uso y la necesidad se introdujo entre los mismos. Ni prueban esto tampoco las razones de Vinnio; pues aunque entre muchas naciones están en uso lo testamentos, no lo están en todas; puesto que no los acostumbraban los germanos, Tácito *de mor. Germ.* c. 20., ni los atenienses antes de Solon, Plutarc. *in Solon, p.* 90., ni los hebreos, Seld. *succers. in bon hebr.*; ni tampoco los indios. De la Loubere, *du royaume de Siam. T.* 1. *p.* 3. *ch.* 7. *n.* 9. A mas, repugna enteramente á la razon natural que uno tenga derecho de disponer de sus cosas, de suerte que empiece á valer su voluntad despues de la muerte, cuando deja precisamente de querer, pues la muerte todo lo disuelve, lo que habiendo ya sido notado por el sábio Leibnist en su nuevo método de jurisprudencia, *p.* 56. *seq.* apela á la inmortalidad del alma, dando á entender que de esta suerte dura la voluntad de los muertos, lo que es muy alambicado. Tampoco hace mucho para el caso el ejemplo de la donacion que aduce Vinnio, pues aquel que dona entre vivos transfiere el dominio desde luego aunque se reserve el uso y posesion. La definicion de Grocio tampoco aclara la naturaleza del testamento que es lo que nosotros buscamos, ¿pues quién dirá que el testador mientras vive solo se reserva el derecho de poseer y disfrutar de la cosa, siendo así que puede venderla, donarla y hasta mudar su misma última voluntad? ¿Y quién dirá que es revocable una enagenacion por la que nada se enagena y que puede revocarse antes que empiece á tener efecto? Finalmente, los testamentos no se han introducido por ningun uso ni necesidad, puesto que no puede suponerse necesidad ninguna que obligase á los hombres á testar, existiendo ya leyes acerca de la sucesion, y ocasionando por el contrario la testamentifaccion muchos perjuicios á la república. véase á Hert. *elem. polit. part.* 2. *sect.* 2. §. 53. Hein.

TEXTO.

De antiquis modis testamenti civilibus.

1. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs et libram, scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus et libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, et eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod verò per æs et libram fiebát, licet diutius permanserit, attamen partium et hoc in usu esse desict.

TRADUCCION.

De los antiguos modos civiles de testar.

Para que nada se ignore de la antigüedad debe saberse que antes estaban en uso dos especies de testamentos; el uno que se hacía en tiempo de paz, y que se llamaba de comicios calados, y el otro cuando habían de salir al combate que se llamaba in procinctu. *Introdújose despues una tercera especie de testamentos que llamaban por la moneda y la libra á causa de que se hacian por la emancipacion; esto es, por una venta imajinaria, estando presentes cinco testigos ciudadanos romanos púberes, el libripende, y aquel que se llamaba comprador de la herencia. Pero las dos primeras especies de testamentos empezaron desde los tiempos antiguos á estar en desuso, y aunque el que se hacía por medio de la moneda y la libra subsistió por mas largo tiempo, con todo, en parte tambien dejó de estar en uso.*

NOTAS.

1. *Calatis comitis*). Esto es, convocado, ó reunido el pueblo por medio del lictor de las curias, y con el objeto de confirmar los testamentos; pues estos comicios eran por curias, no por centurias ó tribus, Gel. *lib.* 15. *c.* 27. Gruch. *in præf. lib. de commit.* En las glosas se dice *calata comitia:* véase el comentario.

Per emancipationem). Emancipar y mancipar propiamente es vender por la moneda y la libra, y entregar ó traspasar la cosa al dominio de alguno. Horat. *epist.* 2. *l.* 2. *v.* 158. dice: *Si proprium est, quod quis libra mercatur et ære.* En sentido figurado se dice tambien de cualquiera enagenacion. Plauto, *Bacch. et Curcul.* Cic. *Phil.* 2. *et Cat. maj.*

Imaginariam venditionem). Llamábase imaginaria, porque no intervenia precio, sino que por simulacion se daba tan solo un sextercio: véase á Cujacio 10. *obs.* 37.

Quinque testibus). Además del libripende habia cinco testigos ciudadanos romanos púberes, perfeccionándose este acto con ciertas palabras: véase á Ulpiano *tit.* 19. §. 2. *et tit.* 20. §. 1. *et* 8. y Boet. *in top.* en donde refiere, tomándola de Cayo, la fórmula de la mancipacion: véase tambien á Salmasio *de usur. p.* 8.

Familiæ emptor). Suet. *Neron. c.* 4. Comprador de la familia, esto es, de la herencia, quien al principio era el mismo heredero futuro, §. 10. *inf. eod.* y posteriormente otro diferente del heredero; á saber, el comprador

fiduciario, quien volvia á vender la herencia al heredero, Segun Teófilo, lo que Plutarco *lib. de serv. num. vind.* reputa por absurdo.

In desuetudinem). La causa de esto puede verse en Teófilo.

COMENTARIO.

1. *Explícanse de paso las especies de comicios y se manifiesta como acostumbraban á hacerse los testamento en ellos.*
2. *Del testamento que los antiguos llamaban* ende *procincto.*
3. *Del testamento por la moneda y la libra.*
4. *Cuándo empezaron á caer en desuso los antiguos modos de testar?*

Para que se entienda con mayor facilidad la razon del derecho acerca el modo de hacer los testamentos, creyó Justiniano necesario empezar esta materia desde su principio; y ciertamente hay muchas cosas dispuestas en el derecho nuevo, y en tiempos posteriores, que no pueden entenderse perfectamente sin conocimiento de la antigüedad; lo que no sucede tan solo en esta materia, sino tambien en otras muchas partes del derecho Justinianeo, pudiéndose acomodar aquí aquello de Séneca, *lib. 6. de benef. c.* 1. *que aun aquello mismo que es supérfluo aprender, es útil saberlo.* Dice, pues, que en los primitivos tiempos estuvieron en uso dos modos de testar; de los que el uno, que se llamaba hecho en los comicios calados tenia lugar en tiempo de paz, y el otro que se apellidaba *in procinctu*, cuando iba á darse la batalla; á los que despues se agregó otro modo que se hacia por la moneda y la libra; de lo que tambien es testigo A. Gelio, quien *lib.* 15. *noct. attic. c.* 27. dice: *Sabemos que habia tres especies de testamentos; unos que se hacian en la reunion del pueblo de los comicios calados; otros* in procinctu *cuando habian los hombres de entrar en batalla; y el tercero por la venta de la familia hecha por la moneda y la libra.* Lo mismo dice tambien Ulpiano *in fragm. tit.* 20.

Quod calatis comitiis appellabant). Triboniano no satisface á los amantes de la antigüedad al indicar sin explicarlo este modo de hacer los testamentos; ni los intérpretes tratan mucho de él, ni satisfacen los deseos del curioso; por lo que, y para que nada se ignore de la antigüedad veremos qué clase de comicios eran estos que Justiniano, Ulpiano y Gelio llaman calados, y porqué causa se dió á estos solos un nombre, que parece convenir á todos en general. Por los escritos de los antiguos, principalmente por los de Ciceron, Livio y Dionisio Halicarnaso se ve que habia tres especies diversas de comicios; los curiados, los centuriados y los por tribus; de todos los que, los mas antiguos eran aquellos; pues desde que fueron establecidas las curias por Rómulo hasta el tiempo de Servio Julio, sexto rey de los romanos, todo lo que se deferia por los reyes á los votos del pueblo se decidia en los comicios curiados, como se prueba porque no habia aun centurias, ni tribus que pudiesen votar. Así es, que cuando leemos en los autores que fueron creados por el pueblo los reyes y demás majistrados, debemos interpretar esto, como que tuvo lugar dicha creacion en los comicios curiados. Tambien todas las leyes que hasta aquel tiempo se dieron fueron curiadas, lo propio que la sentencia de Horacio dada por el pueblo. Pero despues que Servio introdujo las clases empezó á haber dos especies de comicios; á saber, los curiados y los centuriados, y estos fueron los solos que estuvieron en uso hasta el juicio de Coriolano, que tuvo lugar en el año 265 de la fundacion de Roma en el que por primera vez se instituyeron los comicios por tribus, y desde entonces empezaron á estar menos en uso los curiados. Llamábanse comicios curiados aquellos en que el pueblo daba sus votos por curias, esto es, aquellos en que el pueblo dividido en curias daba sus votos, de modo que lo que determinaba el mayor número de estos se consideraba mandato del pueblo, no pudiendo hacerse con ceremonias de los Augures, á no ser dentro el circuito de las murallas, en el foro y por lo tanto en el comicio. Los centuariados eran aquellos por los que el pueblo dividido por clases votaba de suerte que los votos se recojian por centurias, y lo que la mayor parte de estas mandaba se tenia por ley. Estos comicios no podian tenerse dentro el circuito de las murallas, habiendo sido destinado para su celebracion el campo Marcio. Los comicios por tribus eran cuando el pueblo votaba dividido en tribus, de suerte que lo que mandaba ó prohibia la mayor parte de estas era lo que se observaba. Que estos fueron diversos de los curiados lo prueba que las tribus siempre se diferenciaron de las curias, y además que podian celebrarse indistintamente dentro ó fuera de las murallas. Solo los majistrados tenian derecho de convocar los comicios, á no ser que se tratase de cosas pertenecientes á la religion, y aun no todos los majistrados, sino tan solo los patricios y mayores, por lo que hace á los curiados y centuariados; pues que los comicios por tribus podian convocarlos tambien los tribunos

de la plebe. Los pontífices tenian tambien derecho de convocar por causa de religion los comicios, ya centuriados, por ejemplo, para crear sacerdote al rey, ya los curiados; pues se equivoca Wesembecio al pensar que los magistrados convocaron los comicios centuriados, y los pontífices los calados. Varias eran las causas porque se convocaban los comicios, pues tenia esto lugar, ó para crear ó confirmar los magistrados, ó para dictar las leyes, ó para ejercer los juicios, ó para inaugurar los sacerdotes, como tambien en las ceremonias religiosas, arrogaciones y testamentos, aunque no fueron iguales las causas de todos, ni las mismas en todos los tiempos; pero no hay necesidad para nuestro objeto de examinar esto minuciosamente, pudiendo verse á Gruchio y á Sigonio, quienes escribieron de propósito sobre los comicios romanos. No habiendo, pues, otros comicios mas de los que dijimos es preciso que los calados de que aquí se hace mencion se refiriesen á uno de ellos. No pudieron ser los centuriados; de otra suerte se seguiria que los caballeros romanos no pudieron testar en la ciudad, y que en los primeros tiempos antes del rey Servio no pudo absolutamente hacerse testamento, puesto que hasta entonces no se instituyeron los comicios centuriados. Mucho menos puede decirse que fuesen los comicios por tribus, puesto que no estuvieron en uso antes del juicio de Coriolano. Solo, pues, podemos decir que fueron los curiados; pues fueron los únicos que estaban en uso en los primitivos tiempos, cuando se hacian los testamentos en la reunion del pueblo. Indica esto tambien claramente Gelio en el lugar mas arriba citado, cuando dice que en los mismos comicios calados se acostumbraban á hacer las ceremonias religiosas, y los testamentos. Y antes de la ley Papiria, que prohibió consagrar las casas, las tierras y las áreas sin mandato de la plebe, segun Ciceron *pro domo*, nos enseña Gruchio *lib.* 3. *de comit. Rom. c.* 2. que los pontífices hicieron las consecraciones en los comicios curiados. Así pues, lo que se dice que antiguamente acostumbraban á hacerse los testamentos en la reunion de los comicios calados; esto es, convocado el pueblo con objeto de confirmar los testamentos, no debe entenderse por centurias de las clases, como piensa Viglio, ni por tribus, sino por curias; y esto hecho por el colegio de los pontífices. Del uso frecuente que entre los antiguos se hacia del verbo *calo* que es griego, y del que se derivan *calendæ*, *curia*, *calabra*, *classis*, *etc.*, Macrob. 1. *satur.* 15. puede deducirse que al principio todos los comicios fueron calados; pero que despues cuando esta palabra empezó á estar en desuso, se dió tan solo este nombre á aquellos comicios que convocaba el colegio de los pontífices, habiéndose retenido en este caso por causa de la religion y de la antigüedad. Es verdad que Gelio *d. lib.* 15. *c.* 27. refiere que en el libro de Lelio Feliz á Q. Mucio, escribe Labeon que los comicios calados eran aquellos que convocaban los pontífices, ó para la consagracion de los reyes, ó para inaugurar los sacerdotes, y poco despues se hicieron en los mismos comicios los testamentos; pero es probable que presidieron los pontífices á los testamentos, porque se transferian á una con la herencia las cosas sagradas, las que pertenecen á los mismos. Viglio dice que hace las veces de este testamento aquel que se hace presentando una súplica al príncipe segun la *l. omnium* 19. *C. h. t.* pues que despues de la ley régia empezó el príncipe en cierto modo á representar á todo el pueblo; y tambien el testamento que se hace en los actos del magistrado y de los municipios, en cierto modo hace las veces del que se hacia en los comicios calados, porque se hace tambien por la fé pública y cuasi de toda la ciudad, *d. l. omnium*. VINN. Lo que aquí esplica Vinnio con toda claridad es exacto en su mayor parte, y se trata mas extensamente por Gruchio y Sigonio. Con todo, parece que se equivoca al pensar que los comicios calados fueron convocados por causa de los testamentos, pues se convocaban tambien para dictar las leyes, nombrar los magistrados y por otros negocios públicos, referentes á la paz, á la guerra, á los juicios, etc.; y los testamentos entonces no eran otra cosa que las leyes propuestas por el magistrado y confirmadas por los votos de las curias. De aquí la palabra *legare*, que quiere decir lo propio que dictar una ley, ó dejar á modo de ley, Ulp. *fragm. tit.* 24. §. 1. Tampoco parece deber admitirse lo que dice de que el testamento hecho por el príncipe ó en las actas del magistrado, ó de los municipios sucediese en lugar de los hechos en los comicios calados, pues que estos cayeron en desuso muchos siglos antes, lo propio que los testamentos que en ellos se hacian antes de introducir los que se hacian por medio del príncipe ó del magistrado. HEIN.

Quod procinctum dicebatur). Otro modo de testar que tenia lugar antiguamente era cuando habian de ir á la batalla, estando inciertos si volverian, y del que dice Justiniano que se llamaba *procinctum*, aunque me parece mejor *in procinctu*; pues que mala·

mente puede llamarse *procinctum* el testamento, aunque Teófilo lo lea tambien así, y sea verosímil que tambien lo escribiese así Triboniano; pero los antiguos no dieron este epiteto al mismo testamento, sino que decian *procinctum exercitum, procinctam classem*; esto es, una muchedumbre de hombres dispuestos y preparados para combatir, á causa de que antiguamente se ceñian las togas para pelear, á fin de estar mas expeditos, segun Festo. De ahí es que se dice *procinctus* en vez de *exercitus*. Aquellos testamentos que hacian los que iban á entrar en batalla se llamaban *endo procinctu*, ó *in procinctu*; y la glosa greco-latina ἐζωσμένοι ἐν πολέμῳ, es decir, dispuesto para el combate. Lucio Balbo en Ciceron, 2. *de nat. deor c.* 3. dice: *Así que, los principales cargos de la república en esta guerra, de la que depende la salvacion de la misma, no se nombran con auspicio ninguno, no se observa ceremonia ninguna, ni es llamado á ellos ningun ilustre varon desde que cayeron en desuso los testamentos* in procinctu. Y en el *lib.* 1. *de Orat. c.* 53., Antonio en el mismo: *Quien habia encomendado sus dos hijos pequeños á la tutela del pueblo romano y habiendo hecho testamento como* in procinctu *sin la libra y sin las tablas instituyó tutor al pueblo romano durante su horfandad*. Así tambien Festo, Gelio y Ulpiano en *dd. ll.* Plutarco en Coroliano *p.* 198. explica esto así: *Habia en aquel tiempo*, dice, *entre los romanos que habian de entrar en batalla, y tomaban sus escudos, la costumbre de ceñirse la toga y de hacer testamento sin escrito, é instituir heredero delante de tres ó cuatro testigos*. VINN. En el texto de Plutarco se leen *tres* y *cuatro* que hacen siete, pero puede ser que en vez de *o* se pone *y*; esto es, la partícula copulativa en vez de la disyuntiva, como sucede en otras muchas partes: véase á Jo. Strauch. *lexil. partic. in voce Et.* HEIN.

Quod dicebatur per æs et libram). Ἀπαίτιον, segun escribe Teófilo: esto es, sin haber consultado los auspicios. Los antiguos creian de mal agüero el que uno quisiese hacer testamento estando sano y bueno excepto si hubiese peligro inminente, como si hubiese de ir contra el enemigo, ó escepto el caso en que se reuniesen los comicios de propósito para hacer testamento, lo que tenia lugar solo dos veces al año, si damos crédito al mismo Teófilo; pero como de ahí resultaba que los enfermos no siempre podian hacer testamento y tampoco las mujeres, quienes no tenian participacion en los comicios, segun Gelio, *lib.* 5. *c.* 19. se introdujo despues un tercer modo de hacer testamento, segun el cual en cualquier lugar y tiempo y hasta las mujeres podian ordenar su última voluntad. Este modo se llamaba por la moneda y la libra, á causa de que se hacia por la mancipacion, en la que entraba la moneda y la libra, y de ahí en Ciceron se dice *heredar por la moneda y la libra*, 2. *de legib.* Y debe saberse que los romanos antiguamente usaban de cobre y plata sin acuñar ni marcar en vez de dinero acuñado; y de ahí es que acostumbraban á pesarlos y no á contarlos; no habiendo empezado á introducirse el dinero acuñado hasta despues de vencido el rey Pirro, segun Plinio, *lib.* 33. *c.* 3. Con todo, conservaron tambien las palabras antiguas *pendo, appendo, expendo*, y los nombres de los mismos derivados, como tambien cierta sombra de las costumbres antiguas en la venta y enagenacion de las cosas mancipias, que en una palabra se dice mancipacion; de modo que aquel á quien se transferian estas cosas las compraba del dueño por la moneda y la libra, dándose por simulacion una moneda, y de este modo se transferian con pleno derecho: esto es, con pleno derecho de los quirites, el dominio al que recibia la cosa; al paso que si se hacia de otro modo solo se transferia el bonitario. Aquí puede acomodarse aquello de Horacio, *epist. lib.* 11. *ep.* 2. *v.* 158. *Si proprium est, quod quis libra mercatur et ære est*. Concurrian además del libripende cinco testigos ciudadanos romanos púberes, y se perfeccionaba este acto con ciertas palabras: véase á Ulpiano *tit.* 1. §. 11. *et tit.* 19. §. 2. y á Boet. *in top. Cic. lib.* 3., en el que se encuentra tambien la fórmula de la mancipacion. *Aquel*, dice, *que recibia por mancipacion decia teniendo una moneda estas palabras. Digo que este hombre es mio por derecho de los quirites, y que lo he comprado con esta moneda y esta libra, y en seguida golpeando la libra con la moneda entregábasela á aquel de quien recibia la cosa como en lugar del precio*. Así corrije este lugar el varon digno de toda alabanza Salmasio, *lib. de us. cap.* 8. Posteriormente se hizo esto extensivo á la traslacion de todos los bienes, de modo que el futuro sucesor comprase la familia, esto es, todo el patrimonio del testador, para que se considerase que despues de su muerte lo poseia con esta especie de justo título. La misma solemnidad tenia lugar tambien en las adopciones, y emancipaciones de los hijos, como vimos en otra parte. VINN. La razon porque los romanos creyeron que los testamentos debian hacerse por medio de la mo

seda y la libra debe tomarse de algo mas lejos. Habia leyes que arreglaban la sucesion *ab intestato*, las que no podian mudarse por la voluntad privada de alguno, *l.* 58. *ff. de pact.*, sino que se requeria otra ley que derogase la primera. De ahí el hacerse antiguamente los testamentos en los comicios calados á semejanza de las leyes; pero despues que la ley de las doce tablas concedió la libertad de testar á cualquiera por aquella conocida ley: *téngase por ley todo lo que el padre de familias dispusiere acerca de sus bienes ó la tutela de sus cosas*, fué precisa una ficcion para que no pareciese que los particulares mudaban con su voluntad las leyes; y así finjian que el testador vendia la herencia como una cosa mancipia, añadiendo la secreta condicion: *te doy, te lego, y testo del modo que está escrito en estas tablas*: véase acerca de esto al ilustre varon Bynkersh *obs. lib.* 2. *c.* 2. Hein.

Quod per emancipationem). Así tambien Teófilo, Aulo Gelio *lib.* 5. *c.* 27. dice: *por emancipacion de la familia*; y no sé ver la razon porque deba leerse como quiere Bacovio, *mancipationem*; pues los antiguos empleaban lo mismo el verbo *emancipar* que *mancipar*, significando con entrambos entregar, vender, enagenar ó dar alguna cosa por el rito de la mancipacion, Ciceron *de senect. c.* 2. dice: *Ita senectus honesta est, sinemini emancipata est.* Plauto *in bach. act.* 4. *sc.* 2. *v.* 60. *Nunc mulier tibi me emancupo, tuus sum.* Horatio *epod.* 9. *v.* 12. dice tambien:

Romanus (eheu posteri negabitis)
Emancipatus fœminæ
Fert vallum et arma miles.

Imaginariam quamdam venditionem). Por dos causas piensa Hotomano que fué imaginaria esta venta: primera, porque en realidad no era venta, sino una traslacion liberal de todos los bienes, puesto que tan solo por simulacion se daba una moneda al dueño; y segunda porque el comprador de la herencia, á quien como heredero se le transferian dichos bienes por medio de la emancipacion, no era el mismo heredero sino otro diferente de este. Debió, empero, haber distinguido los tiempos, pues en aquel en que se introdujo por primera vez este modo de testar, el mismo heredero futuro compraba la herencia como dos veces lo dice en este lugar Teófilo, y puede verse en el §. *sed neque* 10. *inf. eod.* Con el transcurso del tiempo, empero, como es probable que la sencillez y probidad de los antiguos no habian considerado que llegase despues á ser esto peligroso al testador, y que además del ódio que este se acarreaba, daba tambien márjen á los lejítimos sucesores para envidiar al heredero, se introdujo que concurriera un comprador de la herencia con el objeto de cumplir la solemnidad, cuyo comprador fiduciario, muerto el testador, volviese á vender la herencia al heredero escrito aparte en las tablas cerradas; lo que no habiendo entendido Plutarco en el libro intitulado *De sera numinis vindicta* al hablar de los romanos dice: ὅταν διαθήκας γράφωσιν ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι οὐσίας ὃ δοκεῖ παράλογον, es decir: *Cuando escriben sus testamentos dejan por herederos á unos, y venden á otros su patrimonio; lo que no está conforme á la razon.* Pueden trasladarse aquí aquellas palabras de Ulpiano del *tit.* 20. §. 8. en que dice: *En el testamento que se hace por la moneda y la libra tienen lugar dos cosas; la emancipacion de la familia y el nombramiento de heredero. Nombrase el heredero en el testamento de este modo: El testador teniendo las tablas del testamento dice, te doy, lego y testo del modo que está escrito en las tablas de cera: vosotros caballeros romanos prestad testimonio de esto*; y esto es lo que se llama nuncupacion y testamentifaccion.

4. *Priora duo genera in desuetudinem abierunt*). Introducido el testamento por la moneda y la libra empezaron á estar menos en práctica las otras dos especies, que poco á poco cayeron en desuso. Ya en tiempo de Ciceron no tenian lugar los testamentos *in procinctu* como el mismo atestigua, *lib.* 2. *de nat. deor. c.* 5.; y segun mi parecer no creo que subsistiesen largo tiempo despues los testamentos hechos en los comicios calados, segun parece poderse colejir de las palabras de Labeon, quien en Gelio *d. l.* 15. *c.* 27. dice: *En los mismos comicios que se llamaban y decian calados acostumbraban á hacerse las ceremonias sagradas y los testamentos.* Emplea Labeon el tiempo pretérito para dar á entender que antiguamente acostumbraba á hacerse esto, pero que en su tiempo ya no estaban en uso estas especies de comicios calados; y malamente Bacovio deduce de lo que Lebeon en el mismo lugar escribe, que habia tres especies de testamentos; *in procinctu*, en los comicios calados y por la moneda y la libra, que al tiempo de Labeon y por lo tanto de Gelio estaban en uso aun los testamentos hechos en los comicios calados, pues por la misma razon puede deducirse que en dicho tiempo estaban aun en vigor los testamentos *in pr*

cinctu; lo que es sabido ser falso por dicho lugar de Ciceron. Así pues, es cierto que dejó de hacerse testamento en los comicios, ya en tiempo de la jurisprudencia media, segun Ulpiano *in fragm. d. tit.* 20. §. VINN. Muy verosímil es que ya despues de promulgadas las leyes de las doce tablas dejaron de hacerse los testamentos en los comicios calados, pues ¿quién hubiera querido someter su voluntad á los sufrajics del pueblo, siendo asi que se permitia á cualquiera testar libremente á su voluntad? ¿Y quién hubiera preferido nombrar públicamente al heredero á hacer uso del derecho concedido por la ley de las doce tablas? HEIN.

Quod vero per æs et libram, etc.) Las dos primeras especies de testamentos hacia ya largo tiempo que habian caido en desuso, cuando aun se testaba por medio de la moneda y la libra. Ulpiano en dicho lugar escribe que en su tiempo solo estaba en uso este último de todos los testamentos que pertenecian al derecho civil; es decir, que habian sido abolidos los dos primeros; pues que con muchas autoridades puede manifestarse, *l. ad testium* 22. §. *si quis* 4. *l. pen. h. t.* que en aquel tiempo acostumbraba tambien á hacerse testamento segun la forma introducida por el pretor y por el derecho mixto; y en Ciceron en mas de un lugar encontramos que se hace mencion de los testamentos sellados. Dice, *en parte dejó este de estar en uso*. Lo dice esto porque despues empezó el comprador de la herencia á ser una persona diversa del heredero; mas esto ya se introdujo antiguamente, subsistiendo aun la república. Pienso, pues, que Justiniano quiso dar á entender, que asi como en el testamento que se hacia por la moneda y la libra tenian antes lugar dos cosas; á saber, la mancipacion de la familia, y el nombramiento de heredero en el testamento, cayó en desuso poco á poco la solemnidad de mancipar la familia, habiendo subsistido hasta su tiempo tan solo la otra, esto es, la nuncupacion en el testamento, ó sea la solemne declaracion de la voluntad, y en cierto modo el número de testigos, como aparece por el modo mixto de testar que empezó á usarse posteriormente, §. 3. *inf. eod.*, en cuyo lugar manifiesta esto el mismo Justiniano. Está destituido de todo fundamento lo que algunos dicen de que los testamentos por la moneda y la libra dejaron de usarse, porque esta compra de los bienes del testador es contra las buenas costumbres y un pacto de sucesion futura que induce á desear la muerte de otro; pues ni habia verdadera compra, de modo que el efecto fuese que no pudiese ya mudarse el testamento y ya antiguamente era diferente el heredero del comprador de la herencia; y Teófilo, de quien dicen que dá la misma razon de haber esto caido en desuso, solo indica la causa porque se dispuso que fuese el comprador de la herencia diferente del heredero, aunque el mismo Teófilo se equivoca cuando piensa que Justiniano lo sintió así en este lugar.

TEXTO.

De antiqua testandi ratione Pretoria.

2. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant; cùm jure civili signa testium non essent necessaria.

TRADUCCION.

Del antiguo modo de testar por derecho pretorio.

Los referidos modos de testar eran de derecho civil: mas posteriormente, en virtud del edicto del pretor se introdujo otro modo de hacer testamentos; pues por derecho honorario no se requeria ninguna mancipacion, sino que bastaban las firmas de siete testigos, siendo así que por derecho civil estas últimas no eran necesarias.

COMENTARIO.

1. *Es una curiosidad nimia querer indagar por qué se dispuso que en todas las emancipaciones concurriese á lo menos cinco testigos, refutándose las razones de muchos.*

Ad jus civile referebantur). Opónese en este lugar el derecho civil al pretorio; lo que cuando se hace debemos atender á las demás partes del derecho civil que emanan de las leyes, plebiscitos, senado-consultos, decretos de los principes y autoridad de los prudentes, *l. 7. de just. et jur.*; pues está destituido de toda razon lo que Hotomano piensa que aqui solo se compara con el derecho pretorio aquel que se introdujo por la autoridad de los prudentes, de quienes emanaron las fórmulas y otras solemnidades, pues el uso de los testamentos en los comicios é *in procinctu* es anterior á las mismas doce tablas, posterior á las cuales es el derecho compuesto por los prudentes, y comunmente llamado civil, *l. 2. §. is legib. 5. de orig. jur.* Tambien los modos de enagenar por mancipacion se derivan de la ley de las doce tablas. A la verdad, las mancipaciones

imaginarias son unas invenciones de los jurisconsultos, y creo que tambien lo fueron el testamento por medio de la moneda y de la libra, haciendo estensiva la solemnidad de la mancipacion de las cosas singulares entre vivos, á la enagenacion de todos los bienes por última voluntad.

Jure honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa). El modo de testar introducido por derecho pretorio es mas sencillo y espedito que el que por derecho civil se hacia por la venta imaginaria, pues que el pretor no exijia para la validez del testamento sino que concurriesen á él siete testigos y que lo sellasen; pues aunque semejante testamento no existia por derecho civil, á causa de la falta de la mancipacion, con todo, el pretor daba conforme al mismo la posesion de bienes á los herederos en él escritos, Ulpiano, *tit. pen.* §. 5. dice: *los sellos de siete testigos.* En el testamento que se hacia conforme al derecho civil por la moneda y la libra, solo se requerian cinco testigos, que era el número legítimo en todas las emancipaciones; pero el Pretor, aunque prescindia de la solemnidad del derecho civil, con todo no quiso disminuir el número de los ciudadanos que debian concurrir á los testamentos, y así substituyó dos testigos en lugar del libripende y del comprador de la herencia. Semejante á esto es lo que leemos en Cayo, 1. *instit. tit.* 6. §. 3. de que *en la emancipacion de los hijos intervenian antes cinco testigos en union con el libripende y antestado, y que posteriormente se añadieron otros dos testigos en lugar de estos dos últimos, para que se completase el número de siete.*

4. Es demasiada curiosidad querer indagar la causa de porqué á lo menos se requerian cinco testigos en todas las mancipaciones. Gifanio y Bacovio creen que el orijen de este número viene de los cinco clases que instituyó Servio Tulio, y de que por la confirmacion de semejantes actos se llamaba un testigo de cada una de las clasés, para que en cierto modo pareciese que se celebraba ante todo el pueblo, como que cada testigo representase á su clase, y todos juntos al pueblo en general. Ni obsta, dice Bacovio, lo que escribe Dionisio Halicarnaso, de que el rey Servio hizo seis clases y no cinco, pues la clase sexta que comprendia la clase mas baja se despreciaba y apenas se consideraba por nada. En cuanto á mí, me parece que no se funda en ninguna razon probable esta conjetura de aquellos doctísimos varones, pues que si los antiguos hubiesen creido que por medio de estos cinco testigos se representaba todo el pueblo, el pretor no habria aumentado este número en su testamento. Además, la voluntad del pueblo no se juzgaba por el número de clases, sino por el de las centurias, ni se tenia por válido lo que hubiese decidido el mayor número de clases, sino el mayor número de centurias; por lo que, si las centurias de la primera clase que excedia en tres á todas las demás habian convenido en una cosa no se convocaba ya la segunda ni inferiora clase. Así pues, si admitimos la razon de Bacovio diremos que podia bastar un solo testigo para que se considerase celebrado el acto delante de la mayor parte de las centurias, cuyo testigo fuese de la primera clase, representando así las noventa y ocho centurias en que estaba esta dividida: véase á Dionisio Halicarnasó, *lib.* 4. Ni los testigos clásicos, así llamados por Festo, que sellaban los testamentos eran testigos sacados de cada una de las clases, sino tan solo ciudadanos romanos, por cuanto todos los ciudadanos estaban inscritos en una clase; de lo contrario no se consideraban ciudadanos; y de este modo lo entiende José Escalijero. Equivócase tambien Calepino al pensar que Festo entiende por testigos clásicos á los hombres de la primera clase ó de las mas altas dignidades, pues consta que bastaba que fuesen varones honrados y de buena fama, aunque los antiguos al decir clásicos no entendian todos los que estaban comprendidos en las clases, sino tan solo los de la primera; y así por traslacion se dijo despues autores clásicos á los de primera nota, y no á los inferiores: véase á Gelio, *l. 7. c. 13. et l. 19. c. 8.* Hay algunos tambien que dicen que exije el número de cinco testigos, porque el pueblo estaba dividido en otras tantas tribus. Timeo Fab. *disp. anniverś* 18. Hopper. *hic. in. not.*; quienes ignoran enteramente la antigüedad, pues en ninguna parte se encuentra que jamás el pueblo estuviese dividido en cinco tribus, lo que tambien advirtió Fabro; pero pensó que Rómulo hizo tres tribus, y Tarquino Prisco las duplicó; y así que hacian las veces del pueblo los seis testigos, uno de los cuales tomaba el nombre y cargo de libripende. Pero si hemos de creer á Livio, Rómulo no hizo tribu ninguna, que contuviese toda la muchedumbre, sino tan solo tres centurias de caballeros, escojidos de entre la multitud, cuyo número aumentó posteriormente Tarquino, porque veia que faltaba caballería á sus fuerzas. Y segun el mismo autor las tribus hechas primeramente, se dividieron por Servio Tulio en cuatro partes de la ciudad; y así tambien lo dice

Dionisio Halicarnaso, *lib.* 4. *confirmat.*, en cuyo lugar refiere que Fabio dejó escrito que todo el campo se dividió además en veinte y seis partes, cuyas tribus rústicas unidas á las urbanas formaron treinta y tres. Añade con todo que Venonio hizo mencion de que bajo el rey Servio solo habia treinta y una tribus. En el libro séptimo del mismo autor acerca del juicio de Coriolano encontramos esto: *Habiendo veinte y una tribus en Roma que fueron á votar tuvo Marcio nueve que le absolvieron.* Asi pues, será preciso un número mucho mayor de testigos, si queremos que representen las tribus, y llegado el número de las tribus á treinta y cinco, deberian tambien ser treinta y cinco los testigos. VINN. No es muy absurdo lo que acerca de las clases conjetura Bacovio. En la emancipacion se trataba de transferir el dominio quiritario, y así nada parecia mas justo que el que se hiciese por voluntad de los quirites, los que al tiempo de las doce tablas estaban divididos en seis clases, pero la sexta constaba de proletarios únicamente, y no considerándose de utilidad ninguna los testigos proletarios, y oponiéndoseles á los testigos clásicos, es probable que por esto se creyó que bastaban cinco testigos, como que representasen otras tantas clases de los quirites. A esto añado que el rito de la mancipacion es mas antiguo que las doce tablas, como que en estas se hace mencion del mismo como de una cosa ya conocida é introducida. Segun mi parecer lo debió introducir Servio, quien fué tambien el autor de la division del pueblo en varias clases. Dionisio Halicarnaso, *lib.* 5. *p.* 278. nos dice que fué tambien él quien dió varias leyes acerca de los contratos por cuya razon Tacito lo llama el primer legislador, *lib.* 5. *annal. c.* 26. HEIN.

Cum jure civili signa testium non essent necessaria). Esto es, en el testamento que se hacia por la moneda y la libra, pues en él tan solo se requerian dos cosas; la mancipacion de la familia, y la nuncupacion del testamento, ó sea la declaracion solemne de la voluntad, manifestada ante los testigos, Ulpiano, *tit.* 20. §. 8.; lo que solo puede decirse haberse introducido cuando empezó á escribirse separadamente en las tablas otro heredero, y á venderse la herencia públicamente á uno diferente; á no ser que quiera referirse á aquellos legados que no pertenecian á la mancipacion de la familia. Teófilo dice que el testador despues de la venta ordenaba en seguida lo que queria que se hiciese despues de su muerte, acostumbrando á decir al comprador de la herencia ó al heredero: *á este le quiero dar un fundo, á aquel la casa, á este otro cien monedas.*

TEXTO.

De conjunctione juris Civilis et Prætorii.

3. Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quàm ex constitutionum emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile et Prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et, ex edicto Prætoris, signacula testamentis imponerentur: ita ut hoc jus tripartitum esse videatur: et testes quidem, eorumque præsentia, uno contextu, testamenti celebrandi gratia à jure civili descendant: subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur: signacula autem et testium numerus ex edicto Prætoris.

TRADUCCION.

De la union del derecho civil y pretorio.

Pero como poco á poco, ya por el uso, ya por las innovaciones de las constituciones empezó á conformarse el derecho civil con el pretorio, se dispuso que el testamento debiera hacerse en un mismo tiempo, lo que se exigia por el derecho civil en cierto modo, concurriendo siete testigos, firmando estos conforme á lo introducido por las constituciones, y sellando dichos testigos el testamento, segun el edicto del pretor, de modo que este derecho parece nacido de tres fuentes; emanando del derecho civil los testigos, su presencia y la unidad del acto; de las constituciones de los emperadores, las firmas del testador y de los testigos; y los sellos y el número de estos del edicto del pretor.

NOTAS.

3. *Septem testibus adhibitis*). Especialmente rogados ó cerciorados de que son llamados á un testamento, *d. l.* 21. §. *pen.* Segun la novela de Leon 41. bastan cinco testigos, cuyo derecho fué recibido en Oriente Harm. *lib.* 5. *tit.* 4. §. 47. Basil. 55. *tit.* 1. *et* 3. *et lib.* 45. ἡ δὲ συνήθεια ἐπὶ πάσαις διαθήκαις πέντε μάρτυρας ἐδέξατο; es decir, la costumbre ha admitido cinco testigos en todos los testamentos.

Quodam modo). Pues por derecho civil solo se exijian cinco testigos, habiendo el pretor substituido los otros dos en lugar del libripende y comprador de la herencia.

Subscriptiones testatoris, etc.). Asi lo dispuso Teodosio, *l.* 21. *C. eod.* añadiendo que si el testador no supiere ó no pudiere escribir se añada un octavo testigo, para que firme por él. En tanto es necesaria la suscripcion y sello de los testigos, que omitida una

de estas circunstancias se anula el testamento, *l.* 22. §. 4. *D. eod.*

COMENTARIO.

1 *Introducido el testamento mixto como aquí se describe no cayó desde luego en desuso el testamento por la moneda y la libra, ni perdió su fuerza el modo de testar segun la fórmula del pretor.*

2. *El número de siete testigos se requiere para la solemnidad del acto, no cuando el testador explana posteriormente lo que antes ha dicho con alguna oscuridad.*

3. *La suscripcion de los testigos estuvo ya en uso en tiempo de la jurisprudencia media.*

4. *El edicto del pretor sobre sellar las tablas fué confirmado por la ley Cornelia testamentaria.*

5 *En el testamento escrito no se requiere que los testigos entiendan la lengua del testador.*

6. *Los testigos es preciso que sean rogados, y otras circunstancias del testamento escrito, comunes con el nuncupativo.*

7. *Qué es la unidad de acto. si puede celebrarse algun contrato en el testamento, ó mientras se está testando?*

8. *Si no obstante la omision de algunas solemnidades obliga en el foro interno la voluntad del testador?*

1. *Tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendatione*). El sentido de esto es que habiendo antes dos modos simples de testar, uno civil, y otro pretorio, por el uso el derecho civil se unió en esta parte con el pretorio, y de aquí provino una especie mixta de testamento, formada de aquellos dos derechos, la cual fué posteriormente aprobada por las constituciones, habiéndose añadido que así el testador como los testigos debiesen firmar; de suerte que el modo de testar por escrito que empezó á estar en uso posteriormente, y que Justiniano describe aquí está compuesto de tres derechos: del derecho civil antiguo, del nuevo de las constituciones de los príncipes, y del derecho honorario. Empero no quedó derogado desde luego el antiguo modo civil de testar por la moneda y la libra, Ulpiano *tit.* 28. §. 5., ni perdió su fuerza ni cayó en desuso el testamento pretorio; sobre lo que hablaremos en el §. *non tamen* 6. *infr. quib. mod. test. inf.*

Uno eodemque tempore). Esta sutileza es del derecho civil, *l. qui testam.* 20. §. *et veteres* 8. *l. hæredes palam.* 21. §. *ult. h. t. l. cum antiquitatis* 28. *C. eod.*; pues segun este todos los actos solemnes y legítimos deben ser continuos, y perfeccionarse de una sola vez, *l. continuus* 137. *de verb. obl. l.* 12. *de duob. reis* Dice: *que el derecho civil exijia en cierto modo*, esto es, *casi*: lo que él añadió porque dice que se llamaban siete testigos; pues el derecho civil solo exigia cinco, habiendo el pretor añadido los otros dos en vez del libripende y del comprador de la herencia, y por esta razon un poco despues solo refiere al derecho civil la continuidad del acto, y la presencia de los testigos, pero su número lo refiere al derecho pretorio.

2. Debe notarse que este número de siete testigos se requiere para la solemnidad del acto, ó sea cuando se trata segun se habla comunmente de la sustancia ó esencia del testamento; pues cuando el testador despues de las solemnidades aclara lo que en el testamento ha dicho ó ha escrito con alguna oscuridad, como si hubiere, por ejemplo, legado ciento á Ticio, y teniendo muchos amigos llamados así, despues hubiere manifestado de cuál hablaba, *d. l. hæredes palam.* 21. §. 1. *h. t.* Leon quiso que bastasen cinco testigos, *Nov. Leon.* 41.; lo que fué recibido en Oriente. *Græc. lib.* 45. *Basil. tit.* 1.

3. *Subscriptionem testium*). Y tambien del testador como dice luego; pues así lo dispuso Teodosio, *l. consultissima* 21. *C. eod.*; habiendo añadido que si el testatador no supiere, ó no pudiere escribir, se ponga un octavo testigo para que firme en su nombre. Con todo, segun la constitucion de Justiniano, si el testador hubiere escrito por sí mismo, y expresa especialmente en las tablas que lo ha hecho, no hay necesidad ninguna de que firme él ú otro en su nombre, *l. cum. antiquitas* 28. §. 1. *C. eod.* En qué tiempo ó quién fué el Príncipe que introdujo la suscripcion de los testigos no se sabe: solo consta que ya entre los mas antiguos estaba en uso, y por lo tanto ya en tiempo de los jurisconsultos Paulo y Ulpiano, *l. ad testium* 22. §. 4. *l. pen. h. t.*, quienes segun Lampridio fueron asesores de Papiniano.

4. *Ex edicto prætoris signacula*). Los sellos de los testigos vienen del pretor, como lo manifiestan las leyes *l. si testamentum* 23. *eod.* §. *non tamen* 6. *inf. quib. mod. test. infirm.* Ulpiano *tit.* 23. *l. si septem.*; por lo que, lo que Marco Tulio 3. *Verr.* dice de las tablas del testamento sellado por la ley, hablando de la ley Cornelia testamentaria, muy bien lo entiende Wesembecio, diciendo que Sila comprendió en su ley aquello que ya antes se observaba por un edicto, de modo que no derogó este, ni quiso que se sellasen las tablas en virtud de la ley que dió, sino que mas bien confirmó la autoridad de dicho edicto. La accion de sellar es una prueba cierta que por derecho pretorio fué necesaria la escritura como objeto de dicha asignacion; al paso que por derecho civil, que no exijia la suscripcion ni el sello, no era necesaria la escritura; aunque es creible que intervino la misma para conservarla en

la memoria; lo que fué mas seguro desde que empezó el heredero á dejar de ser comprador de la familia ó herencia. En tanto, empero, son necesarias las suscripciones y el sello, que faltando una de estas circunstancias es injusto el testamento, *l. ad. testium.* 22. §. *quis.* 4. *h. t.*; y comete el crímen de falsedad el escribano que no cuida de que se pongan entrambos, *l. jubemus* 29, *in fin. C. eod.*

Et testes quidem et eorum præsentiam). El requerirse la presencia de los testigos no parece ser una circunstancia particular de los testamentos, sino comun á todos aquellos testigos que se convocan para la celebracion de algun acto. No basta que los testigos estén presentes corporalmente; sino que deben estarlo tambien con la intencion, y conocer la voluntad del testador. No se exije empero, que entiendan la lengua de este, sino que basta que sepan para qué cosa son llamados. Los testigos deben permanecer hasta que se concluya el negocio; pero no es lícito retenerlos contra su voluntad, de modo que si esto se hiciere no vale el testamento, *l. qui testamento* 20. §. *antepen. et. seq. eod.*

6. Además, deben ser rogados los testigos, ó á lo menos si estuvieren reunidos por otro objeto, deben cerciorarse de antemano que son llamados á un testamento, *l. hæredes* 21. §. *pen. eod. l.* 21. *C. eod.*; y esta solemnidad como que es extrínseca no se presume que haya intervenido, aunque en el testamento se haya dicho estando presentes los testigos infrascritos, sino que segun la comun opinion debe probarse, á no ser que se hubiere añadido la partícula *et cætera*, ó el escribano hiciere mencion expresa de esta circunstancia. Farinac. *lib.* 2. *de testib. tit.* 6. Además, se requiere tambien que estén en presencia del testador, *l.* 9. *C. eod.*; por lo que, no basta, segun dijeron algunos, que sean testigos oculares, si no vieren al testador, aunque oyeren su voz; por ejemplo, si no pudieren verlo por privárselo un velo ó cortina. Así pues, será necesario que vean á este; para que no pueda haber fraude ninguno, y sobornando á alguno no pueda fingirse la voz del testador, como aquel de quien habla Cyro en *d. l.* 9., que engañó á su muger con la voz de su marido. Y esta es la mas comun opinion de los intépretes, segun Sichardo *d. l.* 9. *n.* 2., en donde dice que comunmente es reprobada la glosa *l.* 2. §. *idem Labeo* 5. *de aq. pluv. arc.* que opina lo contrario: véase á Clar. §. *testamentum. q.* 59. Christin. *vol.* 4. *dec.* 7. *n.* 6.

7. *Uno contextu*). Esto es, en un mismo dia y al mismo tiempo, *l.* 21. *C. h. t.*, sin que intervenga ningun otro acto desde que se ha empezado á hacer el testamento, *l.* 21. §. *ult. h. t. d. l.* 21. *C. eod.* á no ser que fuere tal que lo exigie la misma enfermedad del testador, ó una necesidad natural de los testigos, como explica con mas distincion Justiniano, *l. cum antiquitas* 28. *C. eod.*; de modo, empero, que si sobreviniere una cosa que obligare á ausentarse por mucho tiempo á alguno de los testigos se ponga otro en su lugar, *d. l.* 28. Con todo, esto no quiere decir que el testador esté tenido á convocar á un mismo tiempo los testigos, y á escribir ó dictar y concluir el testamento, sino que tan solo se requiere la nuncupacion del testamento, ó sea la declaracion de la voluntad cuando se presente el testamento á los testigos convocados para este objeto, á fin de que lo firmen y sellen, pues que no hay duda ninguna que puede escribirse el testamento en un tiempo diferente é interrumpirlo muchas veces, y en otro convocar los testigos para la solemnidad, *d. l.* 21. *C. h. t.* Siendo, pues, preciso testar en un solo acto, é interrumpiéndose y viciándose el testamento por la celebracion de otro negocio ageno del mismo, fácilmente se deduce lo que debe decirse acerca de la cuestion que vulgarmente suele suscitarse sobre si puede celebrarse algun contrato mientras se hace el testamento; pues si el contrato es un acto estraño y ageno á este, como lo es en realidad, es necesario que el acto de testar se interrumpa para la celebracion del contracto, por ejemplo, si el testador habiendo ya empezado á ordenar su testamento, antes de concluirlo, vendiere ó arrendare á Ticio un fundo ú otra cosa. Lo propio deberá decirse si se pregunta si puede en el mismo testamento tener lugar un contrato; pues no considerándose celebrado este como á tal sino entre varias personas, no puede decirse que haya tenido lugar; pues lo que se dispone en el testamento se dispone por solo el testador, y por sola su voluntad subsiste y deja de subsistir. Ni obsta el que sea lícito asignar un liberto en testamento *l.* 4. §. 3. *de assign. liber.* §. *ult. inf. eod. tit.*; pues aunque la asignacion de un liberto no sea propiamente, ni legado ni fideicomiso, *l.* 7. *d. tit.*, con todo, se considera como á legado por cuanto se deja *in solidum* á uno el derecho de patronato, que de otra suerte hubiere sido comun á todos. Del mismo modo la constitucion en testamento de una prenda, *l. non est mirum* 26. *de pign. act.*, de dos reos; *l.* 9. *de duobus reis*; del usufructo, §. 1. *sup. de usuf.*, y de las servidumbres; §. *ult. de serv. præd.* no pueden considerarse como

contratos, pues cuando el testador dispone esto no contrae con otro, ni en modo ninguno participa esto de la naturaleza del contrato ó convencion, sino que puede revocarse á la manera de lo demás que se dispone, lega ó deja en testamento.

5. Suele suscitarse aquí una importantísima cuestion; á saber, si en el caso en que no se hubiere convocado el número lejítimo de testigos, ó se hubiese omitido alguna otra solemnidad en el testamento; por ejemplo, si no se hubiere rogado á los testigos, ó tan solo hubieren firmado sin haber puesto el sello, si semejante testamento obliga á lo menos en cuanto á la conciencia al heredero ab intestado, á quien consta la voluntad del testador á restituir la herencia al heredero escrito en el testamento y á pagar los legados. Domin. Soto. *lib.* 4. *de just. et jur. quæst.* 5. Clar. 5. *sed quæst.* 90. Covarr. *in c. cum esses X de test.* niegan que esté obligado á esto; pero Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 81. Vasq. *de success. creat.* §. 1. *n.* 25. *et seq. et de success. progress.* §. 5. *n.* 5. y Tulden. *C. de testam. n.* 8. dicen que lo está, y de esta misma opinion soy yo; pues entendiéndose en el foro de la conciencia tan solo á la sencillez del derecho natural *c.* 1. *dist.* 1. basta para obligar la misma el que sea una obligacion cualquiera, sin que haya diferencia ninguna entre que esta sea civil, que produzco accion, ó natural que sea ineficaz en el foro externo. En la cuestion propuesta, empero, si consta de cierto á los herederos la voluntad del difunto, y que no hubo fraude ninguno, único fin para que se exigen las solemnidades del derecho civil, no puede dejar de haber obligacion natural, *l.* 2. *C. de fideicom. l. cum amplius* 84. §. 1. *de R. J.* §. *si quis* 15. *de don. int. vir. et uxor.* §. *ult. inf. de fideicom. hær. l. ult. C. eod.*, lo que tambien entiende así Plinio, quien por esta causa dice en muchas partes que la voluntad de los difuntos, aunque no esté sostenida por el derecho, debe ser por los herederos justos considerada como á ley, *lib.* 2. *epist.* 16. *lib.* 4. *epist.* 10. *lib.* 5. *epist.* 7. Y aquí se refiere aquello de Séneca; *que es poca inocencia el ser justo solo segun las leyes* (esto es, segun las leyes civiles); pues la ley de la conciencia que es la misma que la de la naturaleza no se muda por las leyes civiles; sino que siempre es y fué una misma entre todos, como que está grabada por Dios en los corazones de todos los hombres. Hablando esta ley al corazon, y dictando que conviene observar la voluntad del difunto, aunque irrita, si se atiende á las solemnidades del derecho, peca el que no la observa obra contra la conciencia. No obsta el que la ley civil, que introdujo las solemnidades, sea justa y dictada para la comun utilidad de la república, á fin de que no se cometa falsedad ninguna en los testamentos; pues que en nuestro caso suponemos que el testamento es verdadero, y que esto consta al heredero que es lo único á que se atiende en el foro de la conciencia. Así tambien por el contrario, conforme á esto podrá retenerse, á lo menos en cuanto no se contradiga, lo que se le hubiere dejado en el testamento que por derecho civil es nulo á causa de la falta de alguna solemnidad, Grot. *lib.* 3. *de jur. belli et pac. c.* 7. *n.* 6.

« En España, ni en el testamento escrito, « ni en el nuncupativo se necesita que los tes- « tigos sean rogados, por cuanto las leyes 1. « y 2. *tit.* 18. *lib.* 1. *Nov. Rec.* que esplican « las solemnidades que se deben observar, no « hacen mencion de que se rueguen los tes- « tigos. Por consiguiente, queda corregida « la *ley* 1. *tit.* 1. *P.* 6. y otras del mismo có- « digo segun las cuales parecia deberse rogar « á los testigos. »

TEXTO.

Solemnitas addita à Justiniano.

1. Sed his omnibus à nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris, vel testium, nomen hæredis exprimatur, et omnia secundùm illius constitutionis tenorem procedant.

TRADUCCION.

Solemnidad añadida por Justiniano.

A todo esto por nuestra constitucion añadimos para la verdad de los testamentos y á fin de que no se cometiera en ellos ningun fraude, que se esprese por mano del testador ó de los testigos el nombre del heredero, y se observe todo segun el tenor de dicha constitucion.

NOTAS.

1. *Nomen hæredis exprimatur*, *l.* 29. *C. eod.* Esto, con todo, se derogó en la *Nov.* 119. *c.* 9., de modo que de nuevo quedaron las solemnidades reducidas á las comprendidas en el párrafo precedente. En algunos testamentos de los paganos se ha dispensado algo de dichas solemnidades, *l.* 8. *l.* 21. § *pen. l. ult. C. eod.* y casi todas en los testamentos de los padres entre hijos, *d. l.* 21. §. 1. *et. auth. quod. sinc. C. eod. Nov.* 107.

COMENTARIO.

1. *Lo que en este párrafo se dispone pugna con el fin principal del testamento escrito, y quita la principal diferencia entre este y el nuncupativo.*
2. *En qué solemnidades de los Paganos se han dispensado algunas solemnidades?*
3. *Por derecho canónico basta para que sea válido el testamento que concurran dos testigos en union con el Párraco.*

1. *A nostra constitutione.*) Esta constitucion se halla en la *l. jubemus* 26. *C. h. t.*, y en ella manda Justiniano que además de las otras solemnidades de que mas arriba hicimos mencion se observe esta otra; á saber, que el testador esprese en su firma ó en otra parte del testamento, el nombre del heredero, ó en caso que no supiere ó no pudiere escribir por la gravedad de la enfermedad, lo que declare de viva voz delante de los testigos. Esta constitucion de Justiniano pugna con el principal fin por el que pareció deber introducirse el testamento escrito; á saber, para que el testador para su seguridad pudiese ocultar al nombre del heredero, y dar á los testigos con el objeto de que las firmasen y sellasen, las tablas ó papeles en que estaba escrito, cerrado ó envuelto, de donde vino el darse á este testamento el nombre de *místico*. Con esto quitó tambien la principal diferencia entre el testamento escrito y el nuncupativo, al que pertenece particularmente el que se manifieste de palabra el nombre del heredero delante de los testigos §. *ult. inf. eod. l. hæredes* 21. *pr. eod.*; y por esta razon pienso yo que lo que Justiniano añade aqui y en *d. l.* 26, lo quitó y derogó de nuevo en el *Nov.* 119 *c.* 9., de suerte que todas las solemnidades del testamento escrito quedan otra vez reducidas á las mismas que están comprendidas en el §. *prec.* y con alguna mayor claridad en la constitucion de Teodosio, *l.* 21. *C. eod.*

2. Algunas de estas solemnidades dejan de observarse en cinco especies de testamentos. 1.° En el testamento de los padres entre hijos, pues semejante voluntad se quiso que valiese, aun que fuera imperfecto el testamento *d. l.* 21. §. *C. h. tit.*; y la voluntad del padre declarada de palabra es válida, con tal que conste de ella, como de las demás cosas; esto es, por medio de dos testigos á lo menos; pero si hubiere declarado por escrito lo será si hubiere espresado al tiempo en que hizo el testamento los nombres de los hijos, las onzas y cosas que quiso distribuir entre los mismos, y lo hubiere hecho esto claramente, sin abreviaturas y hubiese escrito de su mano ó á lo menos firmándolo, *Nov.* 107. de la que está sacada la *auth. quod. sine. C. eod.* Clar. §. *testamentum quæst.* 8. 2.° En los testamentos de los rústicos, en los que bastan cinco testigos, sino se encuentra mayor número, y no se requiere la subscripcion de los mismos, si no supieren escribir, *l. ult. C. eod.* 3.° Tambien en el testamento hecho en tiempo de peste creen los intérpretes que deben dispensarse algo del número solemne de los testigos: véase á Mins. l. *obs.* 96.; lo que puede tener lugar si la peste fuere muy violenta, y el testador estuviese atacado de la misma, Clar. §. *testamentum quæst.* 56. *n.* 3. Christin. *vol.* 4. *decis.* 6. *n.* 5. Segun nuestro derecho, empero, solo parece que en este caso no se exije la unidad del acto, de modo que no es necesario que se reunan á la vez los siete testigos, y que juntos firmen y sellen el mismo tiempo, *l.* 8. *C. h. t.*; aunque en la práctica parece haberse introducido lo contrario, segun Sandio *lib.* 4. *tit. def.* 4. 4.° Segun los cánones se considera tambien válida toda la última voluntad perteneciente á causas piadosas, manifestada delante de los testigos, *c. relatum.* 11. *X. h. t.* 5.° Finalmente, en el testamento posterior, en que se nombra por herederos á los llamados ab intestado, bastan las deposiciones de cinco testigos jurados, de modo que derogado el primer testamento, vale esta última voluntad, no como á testamento, sino como á última voluntad de un intestado, *d. l.* 21 §. *pen. h. t.*

3. En general, empero, por derecho canónico para que valga un testamento basta que concurran dos testigos con el párroco, *c. cum esses.* 10. *X. eod.* Ni puede este cánon limitarse tan solo á los testamentos hechos por causas piadosas, como hacen algunos a causa de *d. c. relatum eod.*; pues en *d. c. cum esses* Alejandro tercero dispuso esto para todos los testamentos en general, reprobando expresamente la constitucion del derecho civil que exije siete testigos como que se separe demasiado de aquello: *En boca de dos ó tres testigos está toda verdad.* Y aunque algunos piensan que no hubo causa ninguna para que el pontifice mudase aquello, que segun dicen fué constituido por el derecho civil para evitar los fraudes de los hombres, *l. ult. C. de fideic* con todo el uso comunmente adoptó la constitucion pontificia, puesto que dificilmente se apartan mucho de la sencillez del derecho natural.

«Tambien en España para el testamento »escrito ó cerrado son necesarios siete testi»gos con un escribano, todos los cuales en

« union con el testador han de firmar encima « de la cubierta del testamento ; y si no su- « pieren ó bien el testador no pudiere fir- « mar, deben hacerlo unos por otros, de « manera que sean ocho firmas y además el « signo del escribano ; no haciendo fé ni « prueba en juicio segun la *l.* 2. *tit.* 18. *lib.* « 10. *Nov. Rec.* el testamento hecho de otra « manera. No obstante, en los testamentos « hechos en el campo, si en el lugar del do- « micilio del testador no pueden hallarse sie- « te testigos que sepan firmar, bastarán cinco, « segun la *l.* 6. *tit.* 1. *P.* 6. la cual en este « punto no parece pueda decirse corregida « por la *l.* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Rec.* Véase « á Lopez en la *glos.* 1. *de la cit. ley.* 6. So- « bre el testamento nuncupativo hablaremos « mas abajo en el §. 14. de este título en el « cual diremos tambien algo de los otros tes- « tamentos especiales. »

« En Cataluña insiguiendo el derecho ca- « nónico bastan en los testamentos dos ó tres « testigos idóneos. Los abiertos ó nuncupati- « vos solo consisten en la declaracion de la « última voluntad que uno quiere que valga « despues de su muerte, delante de dos tes- « tigos y un escribano, quien la estiende y « formaliza inmediatamente en su correspon- « diente manual sin hacer mencion ninguna « de la muerte del testador, quedando esta « escritura en la misma clase que cualesquie- « ra otra sobre cualquier otro asunto. Los « cerrados (*llamados closos*) consisten en la « entrega que el testador hace al escribano « en presencia de dos testigos, de un escrito « cerrado ya por él, y en el que espresa es- « tar contenida su última voluntad : el escri- « bano le recibe y cierra en presencia del tes- « tador y de los dos testigos firmando todos « inmediatamente sobre la cubierta que del « correspondiente papel sellado pone el es- « cribano para abrirlo á su tiempo, esto es, « despues de la muerte del testador. »

Además, los ciudadanos de Barcelona « pueden declarar su voluntad en cualquier « parte en que se hallen ante dos testigos tan « solamente conforme al *cap.* 48. *de la Const.* « *Recognoverunt Próceres, tit.* 13. *lib.* 1. *vol.* « 2. *Const. de Cataluña.* Declarada la vo- « luntad por los testigos, y jurada debida- « mente ante el altar de S. Felix Martir de « la iglesia de S. Justo de Barcelona seis me- « ses despues que estuvieren en ella, se escribe « y eleva á lo que se dice testamento sacra- « mental, llamado así del juramento que in- « terviene en este acto y declaracion. Tiene « tambien este privilejio la ciudad de Gerona « y su diócesis ; Fontanella *dec.* 578. segun « una consuetud escrita y particular de la « misma jurando los testigos en la iglesia del « Cármen de la propia ciudad. V. á Comes « *n.* 1049. Vives *tom.* 4. *pág.* 81. Sampons « *tom.* 3. *pág.* 173. »

« En Cataluña no solo reciben testamentos « los escribanos, sino tambien los párrocos « en caso de necesidad, y en aquellos lugares « donde no hay escribano, procediendo en « esto conforme á los usos de cada parroquia « y ordinaciones sinodales que en todas las « diócesis se habian hecho para estos casos. »

« Por lo que hace á los testamentos excep- « cionales ó privilejiados nos conformamos en « Cataluña con el derecho comun romano. »

TEXTO.

De annulis quibus testamenta signantur.

5. Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed et alieno quoque annulo licet signari testamentum.

TRADUCCION.

De los anillos con que se sellan los testamentos.

Pueden todos los testigos sellar el testamento con un solo anillo, pues de otro modo qué sucederia en el caso en que los siete anillos tuviesen un mismo grabado, segun le pareció á Papiniano? Y tambien es permitido sellar el testamento con un anillo ageno.

COMENTARIO.

1. *Aunque es mejor que aquel que se sella con un anillo ageno lo manifieste en la firma ; con todo, aunque esto se omita subsiste el testamento.*
2. *Lo que se dice aquí del uso de un anillo ageno no puede referirse á las personas públicas que por su oficio sellan los instrumentos.*
3. *Si solo es lícito sellar los testamentos con el anillo, ó si lo es tambien hacerlo con otro instrumento en que haya grabados otros caractéres?*

1. Debiendo todos los testigos sellar el testamento solemne que se hace por escrito, se pregunta si es necesario que cada testigo selle con un anillo diferente ó suyo propio, ó si pueden hacerlo todos con uno, y basta con uno que sea ageno. A esto se responde que pueden sellar todos con un anillo que sea de uno de los testigos, y aun con uno de ageno que no sea de ninguno de ellos, sino del testador ó de otro cualquiera *l. ad testium* 22. §. 2. *eod. l.* 12. *C. eod.* Lo que, aunque los intérpretes vulgarmente insiguiendo la opinion de Durando, lo entienden de modo que deba aquel que hace uso de un

anillo ageno manifestar esto en la suscripcion, para que no cometa falsedad, con todo, me parece mejor la opinion de Fabro y de Viglio, que siguen actualmente la mayor parte, quienes aunque reconocen que es mejor que se haga mencion de esta circunstancia en la suscripcion, piensan con todo que aunque se omita, no por ello dejará de subsistir el testamento, á causa de la general decision del derecho civil, que se encuentra en este lugar, y mas arriba en *dd. ll.* No merece empero, pena ninguna lo que se hace permitiéndolo las leyes, *l. 4. C. de adult.*, y el derecho pretorio que no requiere mas que los sellos de los testigos no se diferencia en esta parte del derecho civil; pues aunque se reconoce con mas facilidad el sello impreso con un anillo ageno, cuando se advierte esta circunstancia en la suscripcion; con todo, pudiendo sin ella reconocerse fácilmente quién y de quién ha sellado el testamento, á causa de que el testigo, conforme á las constituciones debe firmar, *l. pen. h. t.*; por esta razon no creo que el testamento sellado con un anillo ageno se vicie, aunque el testigo no añadiere que ha hecho uso de un anillo ageno. Por lo que, tampoco se sigue lo que dice Bartolo en la *l. 2. test. quem. aper.*, que muerto uno de los testigos antes de abrirse el testamento se anula este; pues no siendo el reconocimiento del sello una formal solemnidad del testamento, sino sirviendo tan solo para prueba de la voluntad, ¿por qué razon no ha de sostenerse la volutad del difunto, si puede probarse de otro modo? ¿Y qué sucederia si uno de los testigos se hubiese vuelto mudo, sordo, ciego ó furioso? Véase á Viglio en el §. *sed cum* 7. *h. t.* en donde alega muchas autoridades contra Bartolo.

2. Con todo, lo que se dice aquí del uso de un anillo ageno para sellar, no debe hacerse extensivo a las personas públicas que sellan en virtud de su oficio los instrumentos; por ejemplo, los escribanos; pues que estos están obligados á poner su sello propio, y esto por causa de la autoridad y fé pública, y á fin de que en caso de duda pueda reconocerse por la comparacion de uno con otro. *Nov. 73. c. 6.* La ley, empero, exije en el testamento, no los sellos de los testigos sino el acto de sellar para que cuando sea necesario reconociendo el sello manifiesten que lo pusieron, pues esto se introdujo, para que cuando hubiesen de abrirse las tablas del testamento, antes de romperse los sellos el pretor pudiese obligar á los testigos á que se presentasen y reconociesen su sello, *l. 4. l. 7. testam. quem. aper.*

Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint?) Como que dijere que nadie debe estrañar que sea permitido á los testigos el sellar con un solo anillo; pues puede suceder que los siete anillos, aunque sean de cada uno de los testigos tengan una misma figura, y no por ello dejará de subsistir el testamento. Puede esto tener hoy dia lugar; por ejemplo, en el caso en que fueren llamados por testigos muchos de una misma familia; pues que son iguales actualmente las armas de todos los agnados, y no suele ponerse el nombre alrededor de los anillos.

3. *Sed et alieno annullo*). Esto es, un anillo que no sea de ninguno de los testigos. Si porque las mas de las veces se hace mencion del anillo, puede deducirse con razon que no pudieron sellarse los testamentos con otros instrumentos; pues puede decirse que se emplea esta palabra, porque los antiguos acostumbraban á sellar con los anillos. Sin embargo, se suscitó alguna duda acerca de esto, y prevaleció que solo fuese lícito sellar con el anillo, segun la *l. ad testium* 22. §. *signum* 5. *h. t.*; lo que Cujacio *lib. 4. obs.* 11. refiere entre las escrupulosas sutilezas del testamento; y otros dicen que se dispuso asi por la mayor facilidad de la prueba, por cuanto es mas conocido el grabado que suele llevarse en los dedos; pero esta razon no es de ningun valor por cuanto es lícito sellar tambien con un anillo ageno. ¿Y qué diremos si fuere el mismo el grabado de otro instrumento que el del anillo, pues entonces de ningun modo podrá saberse si se ha sellado con este ó con aquel? En cuanto a mí, pienso que el jurisconsulto en *d. l.* 22 §. 5. bajo la palabra *anillo*, no solo entiende la figura geométrica de este, sino el grabado, y que no quiso excluir un instrumento que tuviese la misma figura que el anillo, sino aquel en el que hubiese otro signo diverso de aquel; cuyo instrumento empleaban los antiguos para otros usos que para sellar las cartas ó tablas; lo que tambien indican aquellas palabras del jurisconsulto cuando dice, *pues los hombres sellan de varios modos*. Este debe entenderse solo de la variedad de los caractéres, no de la materia ó forma geométrica del sello; pues aquel que para sellar emplea siempre la misma señal, aunque con diverso instrumento, no sella de diverso modo, sino uniformemente. Y pregunto ahora, si es la misma figura, ¿qué importa que el instrumento sea redondeado, triangular ó cuadrado, ni cómo podrá esto saberse? Asi pues, no es absurdo el que uno diga que ha sellado con el anillo, aunque lo haya hecho con otro instrumento, con tal

que tenga grabada la misma figura que aquel. Por lo que, convengo con Baronio, Hotomano, y Wesembecio en este §. y Donelo 6. *comm.* 18. quienes piensan que el lugar de Ulpiano en *d. l.* 22. §. 5. debe leerse poniendo una negacion, y diciendo *et magis est, ut non tantum annullo*, cuya correccion parece exijir en cierto modo lo que en seguida se dice, *con tal que tenga grabado un carácter*; y asi parece que tambien lo lee Bartolo en el argumento del sumario de *d.* §. 5. y Juan de Platea, quien cita este §. para probar lo que dice, que no solo puede sellarse con el anillo, sino con cualquier otro instrumento. Y así tambien piensa el doctísimo Salmasio *lib. de mod. usur. c.* 40. *p.* 455. Otros, alterando el texto, piesan con Connano, 9. *comm.* 2. que Ulpiano habla de aquellos testigos, que tienen muchos sellos; uno en el anillo, y otro diferente en otro instrumento, de modo que estos deben sellar con el anillo y no con otro instrumento, porque el sello que tiene el anillo se considera mas propio de cada uno, y mas conocido y cierto. Actualmente, esta cuestion es supérflua, pues basta que firmen los testigos, sin que se exija su sello, sino tan solo el del escribano. VINN. No se crea que debe mudarse nada, ni mucho menos introducirse la negacion en la *l.* 22. §. 5. *ff. qui test. fac. poss.*, pues ni se encuentra en los códigos, ni las palabras, *con tal que tengan caractéres* lo exijen; pues tambien hay anillos que no los tienen, y el haber los antiguos exijido precisamente los anillos, se funda en la razon que parece dar de ello la misma ley; pues dice Ulpiano: *los hombres sellan de varios modos*. Valianse para sellar las bodegas, y las botellas de un sello particular, que tambien usaban las madres de familia, valiéndose de otro diferente el padre para sellar las cartas y los instrumentos, cuyo último sello regularmente tenian grabado en el anillo. No cito lugares de los antiguos. Véase á Lips. *en Tácito* 11. 2. Así que, en la *l.* 22. no parece oponerse el anillo á otro sello de diferente forma, sinó de diferente uso, por ejemplo, al que servia para sellar las cosas de casa. HEIN.

«No siendo en España necesario que sellen los testigos es inútil de todo punto cuanto pudiera decirse sobre el particular, otro tanto sucede en nuestra Cataluña, y casi en todos los paises actualmente.»

TEXTO.

Qui testes esse possunt.

6 Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.

TRADUCCION.

Quienes pueden ser testigos.

Pueden ser testigos aquellos con quienes se tiene la testamentifaccion, pero no pueden contarse en este número ni la mujer, ni el impúber, ni el siervo, ni el furioso, ni el mudo, ni el sordo, ni aquel á quien se ha privado de la administracion de sus bienes, ni aquellos que las leyes declaran ímprobos é intestables.

NOTAS.

6. *Neque mulier*). Esto así, porque en las mancipaciones solo los varones pueden ser testigos; pues con estas palabras *ciudadanos romanos púberes*, se quiere decir los varones: véase á Schol. Harm. *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52.

Neque impubes). Livio en Prisciano *lib.* 8. dice, *impubes libripens esse non potest, neque antestari*, esto es, *ni ser testigo*, en pasiva; pues que *antestare* quiere decir atestiguar: véase á Salmasio *ad jus. Attic. p.* 844.

Neque prodigus). Aquel á quien se ha privado la administracion de sus bienes, *l.* 44. *pr. D. eod.*

COMENTARIO.

1. *Es un carácter comun de la capacidad de los testigos el tener con ellos la testamentifaccion y qué cosa es esta?*
2. *Por qué las mujeres no pueden ser testigos en los testamentos?*
3. *Por qué no puede serlo el sordo, siendo así que puede serlo aquel que no entiende la lengua del testador?*
4. *Si puede serlo el ciego?*
5. *Quién es llamado intestable, y si este tiene la testamentifaccion pasiva.*

No basta que estén presentes al testamento siete testigos, sino que es preciso mirar la condicion de los mismos, y no admitir sino aquellos que sean idóneos; y con razon, pues que la verdad de las declaraciones, no tanto se apoya en el número de los testigos como en su autoridad, segun la *l.* 5. §. 2. *et* 3. *de testib.* Todo este tratado acerca de la capacidad de los testigos es comun al testamento nuncupativo y al escrito.

1. *Cum quibus testamenti factio est*). Esta es una circunstancia comun de la capacidad de los testigos; á saber, que se tenga con ellos la testamentifaccion; esto es, que puedan ser instituidos herederos, ó puedan ad-

quirir en virtud del testamento ageno para si, ó para otro; pues no porque uno tenga derecho de hacer testamento puede decirse que se tiene con él la testamentifaccion, como advierten muy bien los escritores modernos. Asi pues, habla con propiedad el emperador cuando dice, *con aquellos con quienes se tiene la testamentifaccion*, no con aquellos que tienen la testamentifaccion, pues que esta palabra tiene un significado activo, de modo que se dice propiamente que tiene la testamentifaccion aquel que puede testar, *l. 3. l. 4. l. 8. in fin. l. is cui 18. l. si filiusf. 19. h. t. l. 5. C. de apostat.*; pero aquellos que no pueden hacer testamento, sino que tan solo pueden recibir en virtud del mismo, se dice con mas propiedad de los mismos que se tiene con ellos la testamentifaccion, como en el §. 2. *inf. de hær. inst.* §. *legari 25. inf. de legat. l. non minus 32. l. si alienum 40.* §. 1. *de hær. inst. l. 7. pro legat.*; y no que tienen la testamentifaccion. Sin embargo, no siempre se observa esta propiedad de las palabras, como se vé en la *l. filius famil. 26. h. t. l. ult. pro hær.* §. *in extraneis 4. inf. de hær. qual.*, en cuyo lugar se dice que tienen la testamentifaccion tambien aquellos que solo pueden recibir por testamento. De ahi es que para mayor claridad, los intérpretes ha dividido la testamentifaccion en activa y pasiva. VINN. Con todo, si los ejemplos deben convenir con la regla, deberá decirse que se tenia la testamentifaccion con aquellos que podian antiguamente concurrir á los comicios, y votar para los testamentos de otro; pues con estos solos se tuvo posteriormente la testamentifaccion por la moneda y la libra. De esta suerte puede fácilmente darse la razon por qué no pueden ser testigos las mujeres, los impúberes y los furiosos, aunque todos ellos pueden ser instituidos herederos. HEIN.

2. *Sed neque mulier, neque impubes, etc.*) Enumera aqui las personas que por diferentes causas no pueden ser testigos en los testamentos, y a quienes está esto absolutamente prohibido. Varias son las razones que pueden darse porque no se admiten por testigos las mujeres, aunque en otras cosas pueden dar testimonio, *l. qui testamento 20.* §. *mulier 6. h. t. l. ex eo 18. de testam.* Primera, porque cuando la ley exije para algun acto un cierto número de testigos se entiende que se refiere á testigos graves y mayores de toda excepcion, acerca de los que despues el juez no puede hacer indagacion, y á estos no pertenece la mujer. Segunda, porque el sexo femenino no se considera bastante sagaz para conocer los fraudes que suelen tener lugar en los testamentos. Tercera porque este número de testigos no solo se requiere para prueba, si que tambien para la constitucion del acto, y las leyes antiguas segun Scholiastes en Harmenópulo, *lib. 1. tit. 6.* §. 52. dice, Ἐν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀκριβῶς..., esto es, *en los testimonios constitutivos, ó sea aquellos que hacen que subsista el negocio*, *no pueden ser testigos las mujeres.* Cuarta, porque la declaracion de la última voluntad no es un acto repentino ó fortuito, de modo que no hay necesidad ninguna de llamar á las mujeres, donde pueden concurrir hombres honrados, segun la *Nov. de testib. 90. c. 1.* Esta razon me mueve á creer que ni en los codicilos puede ser testigo la mujer, contra lo que opina Viglio, y comunmente los doctores. Omito aqui el decir que los modos solemnes de testar se hacian por la emancipacion de la herencia, y de ahi la cualidad de los testigos, por la que solo se admitian los varones, como en las otras mancipaciones y contratos que se hacian por la moneda y la libra. Además, los romanos consideraban torpe y no conforme al decoro del sexo el que las mujeres se mezclasen con los varones en semejantes negocios. Los impúberes no son admitidos como testigos por la imperfeccion de su entendimiento; por cuya causa tampoco pueden serlo en los demás negocios, *l. 3.* §. *leg. 5. l. inviti. 19.* §. 1. *de testib.* Con todo, en los testamentos se observa de particular que ni despues de llegado á la pubertad puede declarar acerca del testamento, el que estuvo á él presente siendo impúber, á pesar de que en otros negocios puede declarar despues de la pubertad acerca de lo que vió siendo impúber, con tal que dé testimonio de aquello que verosimilmente puede comprender un impúber, y de lo que vió siendo ya próximo á la pubertad. Joan Fab. Vigil. *aqui.* Oldend. *part. 4. de testib. nu. 12.* Segun la opinion comun el siervo es excluido por razon de su estado, en virtud del cual no tiene participacion ninguna del derecho civil, *d. l. qui testam. 20.* §. *servus. 7.*, por cuya razon son excluidos tambien los extranjeros, *l. sunt quidam 17.* §. *de pen.*; y además la ley exije espresamente que sea ciudadano romano. Los furiosos no pueden comprender nada: con todo, si tuvieren lúcidos intervalos, podrán ser testigos durante ellos, *d. l. qui testamento 20.* §. *ne furiosus 4.*

3. Los mudos no pueden manifestar de palabra lo que se ha obrado; los sordos no perciben lo que se dice, ni tampoco puede advertírseles lo que vá á hacer el testador;

y por otra parte las mas de las veces los que son sordos son tambien mudos. El testigo ha de ser preguntado para dar testimonio, segun la *l.* 1. *testamenta quem apert.*; y no han de creerse los testimonios, sino los testigos, *l.* 3. §. 2. *de testib.* De ahí tambien se deduce la razon porque puede ser testigo mas bien que el sordo aquel que no entiende la lengua del testador; á saber, porque este último puede ser advertido en otra lengua para qué cosa es llamado, y declarar él mismo; pues no se necesita que él perciba cada cosa de por sí. *d. l.* 20. §. *pen.* Esto, empero, se entiende en el testamento escrito, pues en el nuncupativo no creo pueda esto tener lugar, por cuanto en él se esplica el negocio públicamente, y se comunica de palabra á los testigos.

4. Acerca del ciego nada se encuentra dispuesto; pero Wesembecio y Bacovio piensan con razon que no puede ser testigo á causa de que no puede ver al testador; circunstancia indispensable en todo testamento, *l.* 9. *C. eod.*, ni reconocer los sellos que se pongan en el testamento escrito, *l.* 4. *et* 7. *testam quem aper. l.* 1. §. 5. *vers. casum. de postul.* Los pródigos no pueden serlo por la prohibicion de administrar sus bienes, y porque semejante nota les quita la fé del testimonio; y así en casi todo el derecho civil los pródigos se consideran como los furiosos, y de la misma condicion que estos, *l.* 1. *de curat. fur. l.* 12. *in fin. de tut. dat. l. furiósi.* 40. *de reg. jur.* Conviene con estas la *l. is cui leg.* 18. *in pr. h. t.*

5. *Improbos intestabilisque*). Dícese intestable aquel que no puede hacer testamento, ni puede servir de testigo, y á quien nadie está obligado á servir de testigo, á pesar de que todos están tenidos á hacerlo en favor de un ciudadano honrado si fueren requeridos, *l.* 18. §. 2. *l. cum lege* 26. *h. t.* Por el senado consulto es intestable el que ha sido condenado por un libelo infamatorio, *l.* 18. §. 1. *l.* 5. §. *si quis* 9. *de injur.*; y conforme á las constituciones los apóstatas y hereges, *l.* 3. *C. de apostat. l.* 4. *C. de hæret. et manich. l. hæreticus* 44. *C. Theod. de his qui sup. reb.* Segun las leyes de las doce tablas lo es el antestado y libripende si despues se denegase á declarar. Gelio, *lib.* 15. *c.* 13. refiere las palabras de la ley de esta suerte: *Quoi si sierit antestarier, libripensve fuerit, nec testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Esto es, *si uno hubiese sido antestado ó libripende y no diere testimonio, sea improbo é intestable.* Asi Marcilio, *c.* 5. *l. duo. d. tab.* corrigió este pasaje que antes era oscuro y corrompido. Pregúntase de aquel que se llama intestable si podia instituirse heredero ó recibir por otro modo por testamento, pues que de todos los demás de que hace aquí mencion Justiniano es sabido que tenian la testamentifaccion pasiva. En cuanto á los herejes se les niegan estas tres cosas; la dacion del testimonio, la testamentifaccion y la sucesion, ya por testamento, ya ab intestado, *d. l.* 3. *C. de apostat.* Acerca de los demás no está expreso si pueden ser instituidos herederos. Con todo, de lo que Cayo dice de que cuando la ley declara á uno intestable quiere decir tambien que no se le preste testimonio, *d. l. cum leg.* 26. *h. t.* se sigue absolutamente que tampoco puede ser instituido heredero. Pues no pienso que pueda defenderse de que el testimonio solo se presta al testador y no al heredero, de cuyo solo interés se trata aquí. Favorece esto la *l. imperialis* 23. §. 3. *C. de nupt.* en la que se permite á los cómicos, despues de conseguido un rescripto del príncipe, hacer testamento y suceder á otro. De aquí deducimos dos cosas; que los cómicos eran intestables, y que siendo tales no podian ser instituidos herederos. Así pues, no son bastante exactos los compiladores al escluir á una con los demás, de los que consta que pueden ser instituidos herederos, los intestables; como que tambien estos perteneciesen de otra suerte á dicha regla.

« En España ninguno que haya sido declarado infame puede ser testigo en un testamento escrito, *l.* 1. *tit.* 2. *P.* 6. y en ella Gregorio Lopez, *glos.* 8. al que puede verse. »

TEXTO.

De servo, qui liber existimabatur.

7. Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam Divus Adrianus Catoni, quàm postea divi Severus et Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat, factum esset: quum eo tempore, quo testamento signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret.

TRADUCCION.

Del siervo que era tenido por libre.

Cuando alguno de los testigos, siendo tenido por libre al tiempo de hacer el testamento, se vió despues que era siervo, así el emperador Adriano á Caton, como posteriormente los emperadores Severo y Antonino dispusieron que por su liberalidad favorecian al testamento, de modo

que fuese valedero, lo propio que si se hubiese hecho segun debia, con tal que en el tiempo en que se selló el testamento fuese dicho testigo considerado como libre por consentimiento de todos, y no hubiese nadie que le moviese pleito acerca su estado (a).

NOTAS.

7. *Testamenti faciendi tempore*). El estado de los testigos se atiende al tiempo de hacerse el testamento y no al de la muerte del testador, *l.* 22. §. *eod.*; lo que tambien por concesion de los príncipes se observó en la capacidad putativa, segun hablan vulgarmente.

Omnium consensu). Esto es, que toda la ciudad, ó la mayor parte de los ciudadanos a causa de que obraba el testigo de tal modo, y desempeñaba sus cargos de suerte que públicamente se consideraba por muchos como á libre: véase la *l.* 3. *pr. de Sen. Mac. l.* 1. *C. h. t.*

COMENTARIO.

1. *La condicion de los testigos debe mirarse al tiempo del testamento, y no perjudica lo que despues les aconteciere.*
2. *Lo mismo se observa en la capacidad putativa.*
3. *Refútase el error de aquellos que piensan que el testamento se anula si uno de los testigos muriere ó se habilitare antes de abrirse el testamento.*
4. *¿Qué es lo que significan estas palabras, con consentimiento de todos?*

1. No solo el número de testigos sino tambien su calidad es una condicion que se exije en la forma substancial del testamento, segun hablan; no tan solo para prueba, de suerte que si en uno solo de dichos testigos faltare semejante cualidad el testamento será nulo. Con todo, la capacidad de los testigos debe mirarse al tiempo en que sellaron el testamento, no al de la muerte; pues si al tiempo de hacerse el testamento eran tales que podian ser testigos, nada le hace que despues les haya acontecido algo que se lo impidiere; por ejemplo, que hayan sido hechos siervos ó intestables, ó que se hayan vuelto furiosos ó pródigos, *l. ad testium* 22. §. 1. y allí Cujac. *h. t.* (b). ¿Qué sucederá, pues, si hubiese sido testigo uno que no podia serlo, pero que segun la comun opinion se consideraba al tiempo del testamento tal que podia serlo; por ejemplo, si lo hubiese sido un siervo que se consideraba libre segun la opinion de todos, y á quien nadie movia pleito en aquel tiempo acerca de su estado? A pesar de esto, el testamento será en sí vicioso é injusto; pues el error comun no puede mudar lo dispuesto por el derecho público. Con todo, lo que en sí no tiene fuerza ninguna, quisieron los emperadores por humanidad que se sostuviese, y segun Justiniano habla aquí, por su liberalidad favorecieron estos testamentos, de suerte que sean válidos lo propio que si constaren de todos sus números y partes. Es ridículo, empero, lo que vulgarmente deducen de aquí que el error comun constituye derecho, pues que no es el error, sino la suma autoridad de los príncipes la que constituye este derecho benignamente y por un especial favor hácia las últimas voluntades.

Tam Divus Adrianus Catoni algunos códigos dicen Catonio y Teófilo Catonio Vero) *quam divi Severus et Antoninus*). El rescripto de los emperadores Severo y Antonino no existe: el de Adriano se encuentra en la *l.* 1. *C. h. t.*, en donde, con todo, no está bastante claro lo que debe observarse cuando uno al tiempo de sellar el testamento es tenido por libre, y posteriormente antes de abrirse las tablas fuese de nuevo reducido á la esclavitud, habiéndosele movido controversia acerca de su estado; pues Adriano en su constitucion solo dá á entender que si un testigo fuese tenido por libre al tiempo de hacer el testamento, y que nadie le hubiese movido controversia acerca de su estado hasta la apertura de las tablas, no debe perjudicar al testamento el que despues se le mueva semejante cuestion; de donde parece deducirse que no se observa lo propio si ya en aquel tiempo fuere siervo. Pero debe decirse que, ó las palabras de Adriano no deben entenderse como que siempre se requiera este caso en semejante cuestion, sino que las espresa porque tal vez habia esto tenido lugar en la controversia acerca la que se le habia consultado; ó bien que posteriormente por la constitucion de Severo y Antonino se decidió mas terminantemente la cosa. Ciertamente, el jurisconsulto dice simplemente que la capacidad de los testigos se ha de considerar al tiempo de hacer el testamento, y que lo que sucede despues no perjudica á este, *d. l. ad. testium* 22. §. 1. *h. t.*

2. Esto, empero, no solo se refiere á la capacidad verdadera sí que tambien á la putativa; pues que esta tiene la misma fuerza por concesion de los príncipes; y aun cuando solo hubiere esta ley, ella solo manifiesta que basta que uno sea tenido por libre al tiempo de hacerse el testamento, sin que este se vicie por lo que despues apareciere ser.

3. Tal vez, empero, digan algunos ne

(a) D. l. 9. tit. 1. P. 6. vers. pero.
(b) D. l. 9 vers. por

estando obligados los testigos al tiempo de abrirse las tablas á reconocer sus sellos ante el pretor, y á dar testimonio del testamento *l. 4. et seq: test. qu. aper.* se sigue de ahí necesariamente que el testamento se anula si alguno de los testigos, que al tiempo de hacerse aquel se tenia por libre, en el acto de abrirse apareciese que es siervo, segun prueba la *l. 11. C. de testib.*; en la que se dice que los siervos no pueden declarar en juicio. Sin embargo, no se sigue esto mas de lo que se seguiria si uno de los testigos hubiere antes de abrirse lás tablas muerto ó vuéltose furioso, ciego, mudo ó sordo; pues como acertadamente dice Viglio esta inspeccion de los sellos no se requeria como una solemnidad formal del testamento, sino para la mayor prueba de la voluntad, y solo cuando los testigos vivian aun, ó eran tales que podian declarar, inspeccionar y reconocer los sellos; pero que muerto ó incapacitado el testigo antes de dicho tiempo no por ello se destruia la voluntad del difunto, puesto que puede confirmarse la exactitud de los sellos por otras pruebas y conjeturas, principalmente agregándose las suscripciones del testador, y de los testigos, pues que la letra y firma de cada cual suele ser conocida de muchos, y puede en caso de duda probarse por el cotejo de letras. Con mas extension disputa esto Viglio contra los antiguos intérpretes del derecho, quienes pensaron que el testamento se anulaba desde luego que un testigo hubiese muerto, ó se hubiese incapacitado antes de la apertura de aquel, y demuestra que de ahí provino que el antiguo modo de testar cayese casi del todo en desuso, y empezasen los hombres á hacer sus testamentos por medio de instrumentos públicos ante los escribanos, los que antiguamente no se hacian. Solo se acostumbraba publicar los testamentos; esto es, insinuarlos en las actas públicas; lo que los herederos escritos procuraban hacer, para que si por casualidad se destruia la materia en que se habia el primer testamento escrito, no les moviesen cuestion ninguna los próximos parientes, y asi publicado el testamento en caso que se perdiese la primera escritura, hacia plena fé sin ninguna otra cosa; véase la *l. 2. et. l. testamenta* 18. *C. h. t.* y alli Donelo. Lo que se dice del siervo no dudo que puede con razon hacerse extensivo á la falta de otras cualidades que se requieren en los testigos testamentarios, si hay para ello la misma razon; por ejemplo, si hubiese sido un impúber que era tenido por púber, ó una mujer disfrazada por varon, ó un pródigo que al tiempo de hacerse el testamento no era considerado como á tal por muchos; pues el mismo favor y la misma benignidad sostienen aquel testamento, que por derecho estricto es inútil.

4. *Omnium consensu*). Donelo en la *l.* 1. *C. h. t.* piensa que es el consentimiento ú opinion de los demás testigos, y lo que no me parece bien; ¿pues qué diriamos si ellos ignorasen que es siervo, ó que tiene contra si un pleito acerca de su estado, y lo supieren todos los demás de la ciudad? Ni pueden estas palabras, *consentimiento de todos* restrinjirse á solos los testigos, mas de lo que puede hacerse esto con las siguientes, *ni hubiese nadie que le moviese cuestion acerca de su estado*; las que se espresan tambien en el rescripto de Adriano. Asi pues, por el consentimiento de todos entenderemos mas bien el de todos aquellos que están en la ciudad, ó sea la opinion de todo el pueblo ó de la mayor parte, á causa de que obraba, contraía y desempeñaba sus cargos de suerte que se consideraba libre por muchos, segun la *l. 5. in pr. de Mac. l.* 3. §. 2. *de testib.* Por esta causa Fabro piensa que no se invalidará el testamento, aunque uno ú otro de los testigos supiese la condicion de aquel, y se callare; y piensa además que tiene lugar esta constitucion, aunque hubiese muchos testigos de la misma especie por ignorancia, *arg. d. l.* 1. *C. h. t.*; lo que tambien parece que admite Bacovio con tal que no haya menos de dos que sean hábiles y capaces. Los doctores se estienden aquí al tratar si lo obrado por aquellos que hacen de escribanos no siéndolo, sino que por un comun error se consideran tales, y si los instrumentos hechos por los mismos son ó no validos; y vulgarmente se distigue entre si uno ha adquirido por pública autoridad, pero por error semejante carácter, ó si particularmente se lo ha arrogado, y en aquel caso vale lo que obró, *l. 3. de off. præt.*; pero no en este, siendo especial el que en el caso de este párrafo subsista el testamento: véase *d. l.* 1. *C. h. t. sub. fin.* Jason en *d. l.* 3., quien disputa detenidamente sobre ello.

TEXTO.

De pluribus testibus ex eadem domo.

8. Pater, nec non is, qui in potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

TRADUCCION.

De muchos testigos de una misma familia.

El padre y lo mismo aquel que está en su potestad, y tambien dos hermanos que están en la potestad del mismo padre pueden ser testigos en un mismo testamento; pues no perjudica en nada el que estén presentes en un ageno negocio muchos testigos de una misma familia (a).

NOTAS.

8. *Pater, nec non eis; etc.*) Segun la *l. pater* 17. *D. de testib.* la razon de esto se halla en el testo: véase la *l.* 22. *pr. h. t.* Ulp. *tit.* 20. §. 5.

COMENTARIO.

Este lugar está copiado de la *l. pater* 17. *de testib. l. ad testium*. 22. *pr. h. t.* Ulp. *tit.* 20. §. 5. Puede dudarse acerca de esto como luego se insinúa, á causa de que el testimonio de muchos de una misma familia parece sospechoso por cuanto pueden fácilmente convenirse y conspirar para un objeto determinado; pero se dá ya la solucion de esto diciendo que no debe esto temerse cuando están presentes muchos testigos de una misma familia á un negocio ageno del que no esperan utilidad ninguna. Por otra parte, no debe darse tan fácilmente entrada á la sospecha de modo que gratuitamente se presuma á uno malvado. Por lo que, lo que se dice en la *l.* 6. *de testib.* de que no son idóneos aquellos testigos á quienes puede mandárseles que lo sean, lo interpreta muy bien la glosa como que quiere decir que sean testigos en la cosa del que los manda, y los produce en su favor, á fin de que nadie piense que el vinculo de potestad y derecho de mandar al hijo impide que este y el padre puedan ser á la vez testigos en un negocio ageno. Ni debe dudarse de que el hijo de familias puede servir de testigo, aun contra la voluntad del padre, cuando es requerido á ello por pública autoridad, pues en semejante caso callan los derechos del padre, *arg. t.* 9. *de his qui sui vel al. jur.* Tambien debe notarse aquí que el padre y el hijo, lo propio que dos hermanos sujetos á la potestad de un mismo padre se consideran como personas diversas en los negocios agenos, no teniendo esto lugar tan solo en los testamentos, *d. l.* 17. *de testib.*

(a) L. 16. tit. 16. P. 3.

TEXTO.

De his qui sunt in familia testatoris.

9. In testibus autem non debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec his qui in potestate ejusdem patris est: reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

TRADUCCION.

De los que estan en la familia del testador.

No debe ser testigo aquel que está en la potestad del testador, y si el hijo de familias hiciere testamento acerca el peculio castrense despues de la licencia, no podrá ser testigo en él ni su padre, ni aquel que está en la potestad del mismo, pues está prohibido en esta materia el testimonio doméstico.

NOTAS.

9. *Post missionem, etc., nec pater ejus, etc.*) Otra parece haber sido la opinion de Ulpiano y de Marcelo, *l.* 20. §. 2. *h. t.* como advierte Hotomano

In potestate ejusdem patris.) Esto es, un hermano del testador sujeto á la patria potestad no emancipado.

Domesticum testimonium.) Es decir, el testimonio de aquellos que están unidos de modo que el uno está en la familia y potestad del otro, y que por la ficcion del derecho se consideran una misma persona, pues como muy bien dicen los griegos, *no se considera esto por el parentesco, sino por la coadunacion que tiene lugar por la patria potestad* y esto por la misma razon que los herederos suyos domésticos, §. 2. *inf. de hær. qual.* En los juicios, empero, se consideran testigos domésticos todos aquellos que viven en la familia del acusado, *l.* 3. *C. de testib. l.* 24. *D. eod.*

COMENTARIO.

1. *Cómo debe proponerse la cuestion acerca del hijo testigo en el testamento del Padre?*
2. *Qué es lo que impide que aquel que está en la potestad del testador pueda ser testigo en su testamento y qué es lo que se observa en el hijo emancipado?*
3. *Porqué en el testamento del hijo de familias hecho despues de la licencia acerca del peculio castrense no puede el Padre ser testigo á pesar de que puede serlo en el testamento del hijo emancipado?*
4. *Justiniano en el caso propuesto disiente de Ulpiano y Marcelo.*
5. *Llámase en este lugar testimonio doméstico el en*

aquellas personas que están unidas por vínculo de potestad, aunque en otros casos se llame tal el testimonio de las personas de la familia.

Hasta aquí hemos hablado de las personas cuya incapacidad es tal que no pueden ser testigos en ningun testamento; hay algunos empero, que aunque sean hábiles y puedan ser testigos, con todo no pueden serlo en todos los testamentos, y esto por ciertas causas particulares que los hacen incapaces. Dos son las causas de esta incapacidad; la union del testigo y el testador procedente de la potestad, y el interés del testamento perteneciente á aquel que hace de testigo. La primera se explica en este párrafo: la otra en el siguiente.

1. *Qui in potestate testatoris est*). Así pues, no podrá ser testigo ni el hijo del testador, ni el nieto nacido de un hijo que esté en la potestad del mismo, ni aquel á quien el testador hubiere redimido de los enemigos, *l. qui testamento* 20. *in fin. pr. et* §. 1. *h. t.* Pero constando que el hijo que está bajo la patria potestad debe ser instituido heredero ó expresamente desheredado, de modo que si fuere preferido, el testamento es nulo *ipso jure*, pueda parecer absurda esta cuestion. Efectivamente, supongamos que se ha instituido, ya entonces habrá otra razon que le impide el ser testigo; á saber, porque es heredero, segun el párrafo siguiente. Supongamos empero, que ha sido desheredado, y entonces nada parece que obste ni le impida el que pueda ser testigo, puesto que él mismo por su propia mano puede escribir su desheredacion, quedando subsistente el testamento, *l. non putavit.* 8. §. *si quis* 6. *de bon. cont. tab.*, sin que deba temerse aquí fraude ninguno puesto que nadie los inventa en su perjuicio. Si se dijere que parece duro que el hijo sea testigo público de su desheredacion é ingratitud, diremos que esto no tiene lugar en el caso en que el testamento en que fuere desheredado esté cerrado; pues que en este ignoran los testigos lo que se halla en él escrito. Así pues, en el caso propuesto debe sentarse la cuestion de modo que ya no pueda aquello objetarse.

2. ¿Qué es, pues, lo que aquí impide que el hijo sea testigo? Solo el derecho de potestad, que por cierta ficcion induce la unidad de persona entre aquel que tiene la potestad y el que está en ella sujeto, §. *si quis* 4. *inf. de inut. stip. l. ult. C. de impub. et al. subst.*; lo que hace que si uno sirve de testigo al otro en cierto modo parece que sirve para sí propio, lo que no permite la sutileza del derecho, como insiguiendo á Viglio advierten aquí muchos de los autores modernos, y hay acerca de esto un texto en el párrafo siguiente al fin. Añaden algunos que aquí debe referirse lo que generalmente se dispuso que no son idóneos aquellos testigos á quienes puede mandarse que lo sean, *l. de testib.*; pero yo pienso que semejante disposicion solo tiene lugar en los testimonios judiciales, aunque sea cierto que aquí tambien se trata de aquel á quien puede mandarse. Dice, *aquel que está en potestad*. Así pues, por el contrario, aquel que no está en ella, por ejemplo, el hijo emancipado, podrá ser testigo y recíprocamente el padre podrá serlo en su testamento. Ni debe creerse que esta palabra se ha puesto inútilmente aquí, y en *d. l.* 20. Por otra parte, cesa en el emancipado la razon de la prohibicion, que es el vínculo de la unidad, pues que esta se disuelve por la emancipacion. Con mayoría, pues, de razon, podrá ser testigo en el testamento de la madre y del abuelo materno. No obsta el que se prohiba á los padres y á los hijos, por su cualidad de tales, el servirse mútuamente de testigos, *l.* 9. *de testib. l.* 6. *C. eod.*; pues esta prohibicion solo tiene lugar en aquellos testimonios por los que puede adquirir algun lucro el padre ó el hijo en favor de quien se atestigua, tales como son los testimonios judiciales, acerca de los que hablaremos mas detenidamente mas adelante.

3. *Sed si filius famil. post missionem, etc. neque pater ejus recte adhibetur*). El hijo de familias no puede hacer testamento sino respecto del peculio castrense *inf. tit.* 12., y así solo en este caso puede tener lugar la cuestion de si el padre puede ser testigo en su testamento. Aquí se distingue si el hijo de familias ha hecho testamento acerca del peculio castrense, siendo aun militar, en cuyo caso puede el padre ser testigo; ó si lo ha hecho despues de la licencia, y entonces no podrá serlo. Con todo, aun respecto del primer caso creo que debe distinguirse si siendo militar ha hecho testamento por derecho militar en el campamento ó en la expedicion, ó fuera del campamento por derecho comun, de modo que solo en aquel caso puede el padre ser testigo á causa de la libre y amplísima facultad (a) que se ha concedido á los militares de testar en el campo; pero en este no puede serlo mas de lo que puede serlo en caso de hacer testamento despues de la licencia, *arg. pr. et* §. 3. *tit. seq.*; y estas palabras *despues de la licencia* no se

(a) L. 14. tit. 16. P. 6.

han puesto aquí porque antes de ella puede el padre ser testigo en el testamento que el hijo hiciere, sino porque despues de la misma no puede serlo nunca. Mas aquí se nos ocurre el ejemplo del emancipado, de cuyo testamento dijimos que el padre podia ser testigo, no por otra razon sino porque el emancipado no estaba en la potestad; y en aquel de que tratamos el hijo de familias tampoco está en la potestad de su padre, pues que respecto del peculio castrense hace las veces de padre de familias, *l.* 2. *de sen. Mac.* A esta objecion suele responderse que hay mucha diferencia entre que uno realmente y sin excepcion sea padre de familias y extraño con respecto á su padre, como sucede con el hijo emancipado, ó que solo se considere como á tal, respecto de ciertas cosas quedando en realidad sujeto y doméstico de su padre, como es aquel que tiene el peculio castrense, pues la concesion de este peculio no libra al hijo de familias de la potestad del padre, §. 4. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*; y por consiguiente no hace que deje de considerarse una misma persona con este, y solo dá al hijo de familias la facultad de disponer de sus cosas, y de nombrar respecto de las mismas heredero, en lo que se compara al padre de familias. Con todo, así como el mismo padre, á causa del vínculo de unidad que retiene no puede tener por testigo de su testamente á su hijo, así tampoco en el de este puede serlo aquel.

4. No obstante, reconozco que esto se disputa especiosamente por Justiniano, y por aquellos de los antiguos á quienes él tal vez sigue; pues veo que otra fué la opinion de Marcelo, cuya autoridad sigue tambien Ulpiano en la *l.* 20. §. 2. *h. t.*; pues escribe de esta suerte; *Por el contrario puede preguntarse si el padre de aquel que puede testar acerca el peculio castrense puede ser testigo en el testamento de este, y Marcelo en el lib.* 10. *de los dijestos escribe que puede serlo; luego tambien podrá serlo el hermano.* Esta opinion es enteramente contraria y opuesta á lo que en este lugar dice el emperador, como muy bien advierte Hotomaño; pues no veo pueda defenderse con razon ninguna lo que hacen los demás intérpretes entre los que se cuenta á Viglio y á Bacovio al restringir la decision de Marcelo al caso en que el hijo de familias testa del peculio castrense por derecho militar ó privilegiado. Primero, porque todo el tratado de aquel título es del testamento solemne, por lo que, no es verosímil que Ulpiano en dicho lugar mezclase una cuestion perteneciente á los testamentos militares, lo que no hizo ni debió hacer en ninguna otra parte del mismo título. Segundo, porque Ulpiano propone esta cuestion por oposicion á la precedente, cuya oposicion seria inadecuada si se tratase de diferente especie de testamento. Habia negado en el §. 1. *ejusdem. l.* 20. que el hijo que está en la patria potestad pudiese ser testigo en el testamento de su padre. Esto todos consideran que lo dice del testamento solemne, y no del testamento militar. En seguida pregunta al contrario si el padre de aquel que puede testar del peculio castrense puede ser testigo en este testamento, y dice que puede serlo segun la decision de Marcelo. Semejante cuestion, empero, en ningun modo será contraria á la anterior á no ser que se entienda de la misma especie de testamento á la que pertenece la precedente. Tercero, debe pararse aquí la atencion en las palabras del jurisconsulto, pues no habla del testamento del hijo de familias militar, estando en el campamento, sino que propone general é indistintamente la cuestion de todos los hijos de familia que pueden testar acerca del peculio castrense, lo que puede verificarlo no solo el militar como á tal estando en el campamento, si que tambien fuera de él del mismo modo y en virtud del mismo derecho el veterano ó el licenciado. Cuarto, ninguna duda puede caber acerca del testamento hecho en virtud del derecho militar, pues que las palabras del privilegio concedido á los militares, *como quieran ó como puedan*, *l.* 1. *de testam. mil.* quitan toda diferencia en las personas de los testigos, y admite la reciprocidad de los testimonios entre el padre y el hijo, como que ni tan solo exije la concurrencia de los testigos con tal que conste de la voluntad del militar, sobre lo que hablamos con mas extension en el §. 1. *del tit. sig.* Quizá le indujo á pensar así á Marcelo la razon que dije; á saber, porque se dispuso que el hijo de familias en el peculio castrense se considerase como padre de familias, como que por esta razon deba considerarse, respecto á este peculio una persona diferente del padre; estando esto tambien admitido cuando se trata de adquirir por ocasion de este peculio, en lo que ordinariamente solo tiene lugar por otra parte aquella ficcion, en virtud de la que el padre y el hijo se consideran una misma persona.

Ea in re domesticum testimonium). Es obscuro el sentido de estas palabras, y no deduzcan algunos de las mismas que en los otros casos no se reprueban los testimonios domésticos; pues que en las causas judiciales se reprueban mucho mas, y tanto

tanto qué es mayor la causa de reprobacion. Lo que Justiniano quiere decir aquí es, que aunque en los testamentos no se trata del lucro ó utilidad de aquel que presenta los testigos como sucede en las causas forenses, y que por lo tanto no se ha de recelar que por afecto ó reverencia se oculte la verdad, por cuya razon tienen la facultad de servirse recíprocamente de testigos las personas muy parientes y amigas; con todo está prohibido tambien aquí el testimonio doméstico; esto es, el de aquellos que están unidos de modo que el uno está en la familia y potestad del otro, y los que por ficcion del derecho se consideran una misma persona, por lo que, cuando uno de estos sirve de testigo al otro en cierto modo parece que sirve para sí propio. Por esta sola sutileza del derecho se prohibe en el caso propuesto el ser testigo, no por alguna sospecha de falsedad á causa del parentesco ó afecto; y este mismo lugar manifiesta con bástante claridad que es este el sentido de las palabras de Justiniano, y así lo entiende tambien Teófilo. Por una razon casi igual, Justiniano mas abajo en el *tit. de hær. qual* §. 2. dice: los herederos suyos se llaman tales porque son herederos domésticos, oponiéndolos á los estraños; esto es, á todos aquellos que no están en la potestad del difunto. No habiendo, pues, otra causa para esta prohibicion que la union de las personas que tiene lugar por la potestad se sigue que entre aquellos que no están unidos de este modo son lícitos los testimonios testamentarios, aunque haya entre ellos mucho parentesco ó amistad; y así podrá el padre ser testigo en el testamento de su hijo emancipado, el abuelo en el de su nieto habido de su hija, y por el contrario; y tambien el marido en el testamento de su mujer, y mucho mas el patrono en el de su liberto y el padre de familias en el de su criado, y vice-versa los libertos y criados en los de aquellos. Por tanto, se equivocan los intérpretes y entre ellos Antonio Mateo, al confundir los testigos testamentarios con los judiciales. En los juicios no pueden ser testigos entre sí los padres é hijos *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.*; y son sospechosos todos aquellos á quienes de cualquier modo puede mandarse, *l. 6. eod.*, como es el liberto que vive en la casa del patrono, y tambien aquellos que se alquilan por cierto sueldo como los criados y colonos, y otros cualesquiera sirvientes de la casa (a). En este caso considéranse testimonios domésticos los de las personas domésticas; esto es, de todas aquellas que viven en la casa del dueño que tiene imperio sobre ellos, *l. pen. de testib. l. 11.* §. *furta domestica* 1. *de pœn. l. ante pen.* §. *pen. C. de his qui ad eccles. conf.* La razon de esta diferencia le he indicado ya antes; á saber, porque en los demás causas se trata de la utilidad pecuniaria de aquel que presenta los testigos, de modo que con razon se rechaza á todos aquellos que son sospechosos de que por afecto ú reverencia ocultarán la verdad; pero en el testamento no se trata de la utilidad del testador, sino de la del heredero, de modo que los testigos no tanto declaran en favor de aquel como de este.

« En España la ley 14. *tit.* 16. *P.* 3. que « prohibe en general que los padres y los hi« jos puedan servirse mútuamente de testi« gos, tiene tambien lugar en los testamen« tos segun lo prueba el *vers. otrosí* de la « misma ley que habla en especial de los tes« tamentos. Y como entre nosotros no hay « diferencia ninguna entre los hijos emanci« pados y los no emancipados segun veremos « mas abajo § 2 *de la cuali. y dif. de los « hæred.* esta disposicion tendrá tambien lu« gar respecto de aquellos. Semejante prohi« bicion, empero, no se funda en el víncu« lo civil de la patria potestad, al que no « atienden nuestras leyes tan escrupulosa« mente como las romanas, sino en otra ra« zon mas poderosa; á saber, en la necesidad « de instituir herederos y desheredar á los « hijos, sean ó no emancipados; necesidad « que les impide ser testigos, pues que siem« pre se trata de su interés en el testamento. « *V.* los §. 5 y 7 *mas abajo de la deshere« dacion de los descendientes.* »

TEXTO.

De hærede, et his, qui sunt in ejus familia.

10 Sed neque hæres scriptus, neque is, qui in ejus potestate est, neque pater ejus, qui eum habet in potestate; neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et hæredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres quidem familiæ emptorem et eos, qui per potestatem conjuncti fuerant, à testamentariis testimoniis repellebant: hæredi autem, et his, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos debere suadebant; tamen nos eamdem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec hæredi, imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet; neque alii personis, quæ ei (ut dictum est)

(a) L. 18. tit. 16. P. 3.

conjunctæ sunt, licentiam ... sibi quodammodo testimonia præstare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

TRADUCCION.

Del heredero y de aquellos que están en su familia.

Ni el heredero escrito ni aquel que está en su potestad, ni el padre de aquel que le tiene en su potestad, ni los hermanos que están bajo la de un mismo padre pueden ser testigos: porque todo este negocio que tiene lugar al hacerse el testamento, se cree hoy dia que se hace entre el testador y el heredero. Aunque todo este derecho se alteró, y los antiguos no admitian como testigos en el testamento al comprador de la familia, y á aquellos que por vínculo de potestad estaban unidos, admitiendo por el contrario al heredero y á aquellos que estaban unidos con él por vínculo de potestad, aunque aconsejaban á aquellos á quienes esto estaba permitido que no abusasen en modo ninguno de este derecho; con todo, corrigiendo nosotros está disposicion, y convirtiendo en necesidad legal lo que segun aquellos era un consejo, á imitacion del primitivo comprador de la familia, derogamos la facultad de servir de testigo en cierto modo para sí mismo al heredero, quien hace las veces del antiquísimo comprador de la familia, y la de las demás personas que están unidas con el del modo que se ha dicho. Por esta razon no permitimos que dichas constituciones antiguas se insertaran en nuestro código.

NOTAS.

10. *Creditur hodie*). Despues de haberse quitado la mancipacion de la familia. Dice *todo*, porque de este modo se admitia el testimonio del legatario y fideicomisario, Cujacio.

Hæredi autem). No solo al heredero escrito, si que tambien al nuncupativo.

Pristini familiæ emptoris). A quien no se le permitia ser testigo por la razon de que el negocio del testamento tenia lugar pública y claramente con el mismo, como á verdadero heredero.

COMENTARIO.

1. *Por qué razon los antiguos no admitieron por testigo al comprador fiduciario de la herencia, y sí al heredero?*
2. *Si puede ser testigo el padre del heredero que no lo tiene en su potestad?*

Esta es otra causa particular de incapacidad, que consiste en el negocio del testamento que tiene lugar con el testigo. Llámase negocio del testamento, aquello por cuya causa se hace esto principalmente; á saber, la institucion de heredero ó de sucesor del derecho universal. Nadie, pues, puede ser testigo en un testamento en que es instituido heredero, lo que se dispuso así porque en este caso se trata directa y plenamente el interés del heredero, quien es el solo sucesor del derecho. Removido, empero, el heredero fué consiguiente que se removiesen tambien aquellos que estaban bajo su potestad y tambien el padre que lo tenia en ella, como tambien el hermano que estaba en la potestad del mismo padre á causa del vínculo de unidad, de que he hablado en el párrafo precedente.

Veteres familiæ emptorem repellebant: hæredi autem concedebant). Es cierto que antiguamente cuando se introdujo el modo de testar por la moneda y la libra, no fueron admitidos como testigos, ni el heredero, ni aquellos que estaban con él unidos por vínculo de potestad; pues que el negocio del testamento se hacia allí pública y abiertamente con el mismo heredero; pues segun demostramos en la esplicacion del párrafo primero de este título, en un principio el mismo heredero futuro compraba la herencia del testador, quien la emancipaba al heredero, de modo que este la conseguia en virtud de este justo título con pleno derecho quiritario, despues de la muerte del testador. Con el tiempo, empero, y por las causas que allí indicamos se mudó esto, y se dispuso que para cumplir con las solemnidades concurriese un comprador de la familia, pero diferente del heredero, y fiduciario quien debia volver á vender la herencia al heredero escrito en las tablas.

1. Introducido esto empezó á prohibirse el ser testigo al comprador de la familia, y á permitirse esto al heredero, como que el negocio del testamento ya no tenia lugar con este, sino con el comprador de la familia, reputándose un absurdo que aquel con quien se contrae un negocio, aunque imaginario, sea testigo del mismo; lo que tambien tenia lugar, aunque el heredero supiese que era nombrado sucesor. Ciceron *in orat. pro Milon.* dice: *Sellé públicamente el testamento de Ciro en union con Claudio, habiendo nombrado herederos á este y á mí.* Con todo, posteriormente dejó esto de estar en uso como lo prueba la *l. qui testam. 20. pr. ff.* á no ser que este lugar haya sido corregido por Triboniano, ó deba entenderse de otra especie de testamento diferente del que se hacia por la moneda y la libra: véase el *arg. §. 2. tit. 20. ins. Ulp.* Vinn. Con todo, como que en tiempo de Ulpiano aparece que se hacia raras veces testamento por medio de la moneda y la libra, habiéndose introducido un modo mas fácil de testar por el pretor, no es necesario que digamos que Triboniano enmendó *d. l. 20. pr. ff. qui tes-*

fam. fac. poss. pues que puede cómodamente entenderse de los testamentos que entonces se usaban con mas frecuencia, á saber, de los pretorios. Hein.

Minimé hoc jure abuti eos debere suadebant). Aunque entre los testigos podia el heredero ser testigo desde que otro diferente compraba la herencia, con todo pensaba que no obraria decorosamente el heredero, si sabiendo que él era heredero, hacia uso del derecho que le estaba concedido; por lo que, aconsejaban que se abstuviese de él y no fuese testigo si tenia en algo su decoro; consejo que no podia tener lugar cuando el instituido heredero ignoraba que lo fuese. Sin embargo, es muy probable que despues de caido en desuso el modo de testar por la moneda y la libra, lo que se cree haber tenido lugar luego despues de trasladado el imperio á Tracia, *arg. l. 15. C. h. t.* el heredero no pudo ser ya testigo en testamento ninguno, pues que desde aquel tiempo el negocio del testamento empezó á tratarse directamente con él, al paso que antes tenia lugar simuladamente con el comprador de la familia en el testamento de la moneda y de la libra; lo que tambien manifiesta claramente la razon que se da al principio de este texto, al decir que todo este negocio se considera hoy dia tener lugar entre el testador y el heredero, de modo que no fué necesario convertir en necesidad legal este consejo de los antiguos como confiesa aquí haberlo hecho Justiniano.

2. *Neque aliis personis, quæ ei, ut dictum est, conjuctia*). A saber, unidos por medio de la potestad como antes dijo; pues solo esta union hace que todos los así unidos se consideren por una persona, y que sean testigos para sí mismos en cierto modo, que es lo que se dice. Por el contrario, se puede tambien deducir que aquellos que no están en la potestad del heredero, por ejemplo, los hijos emancipados, y tambien el padre del heredero que no lo tiene en su potestad, y los hermanos del mismo, podrán ser testigos en el caso propuesto; pues que, siendo todas estas personas diversas del heredero, no puede decirse que el negocio del testamento á causa del heredero tenga lugar tambien con ellos, ni que los mismos sean testigos en cosa propia, aunque por casualidad pueden reportar de él alguna utilidad si muriere el heredero, pues que ni á los legatarios se prohibe el ser testigos, á pesar de que por el testamento reciben en consecuencia un lucro. A pesar de esto es preciso confesar que hay algo en las personas unidas de esta suerte por vínculo de sangre al heredero; por lo que, parece no deberian admitirse como testigos que no se encuentra en los que están unidos naturalmente al testador á causa de que segun se ha dicho en el §. *prec.* no se trata aquí de la utilidad del testador, sino de la del heredero; de modo que aunque los padres ó hijos del testador no sean sospechosos no puede con todo decirse lo mismo con respecto al del heredero. Pero á pesar de esto, debe considerarse que las mas de las veces ignora el heredero su nombramiento, y esto no solo cuando se sella el testamento, si que tambien cuando se manda á los testigos que reconozcan su sello y firma, lo que tiene lugar antes de la apertura de aquel, *l. 4. test. quem. aper.* Ni aun cuando se sepa quien es el heredero escrito, ó hubiere sido legado nuncupativamente no pensaria por ello que debiera invalidarse el testamento, porque entre los testigos hubiese el padre, hijo ó hermano del heredero, con tal que no estuvieren unidos á él por la potestad; pues en primer lugar, si alguna sospecha puede inducir el parentesco fácilmente se quita por los demás testigos; y despues aunque se trate en el testamento del interés del heredero, con todo no debe este ser perjudicado por ello, pues que no es él quien convoca los testigos á este objeto, sino el testador, y para probar la voluntad de este no puede velerse de otros testigos que de los mismos que se convocaron al hacerse el testamento, y de esta opinion es tambien Viglio.

«En España no pueden ser testigos los «descendientes del heredero ni sus parientes «dentro del cuarto grado, estén ó no en su «potestad, *l. 11. tit. 1. P. 6.*»

TEXTO.

De legatariis et fideicommissariis, et his qui sunt in eorum familia.

11. Legatariis autem et fideicomissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus: imo quadam nostra constitutione, et hoc speciale eis concessimus. Et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate hujusmodi licentiam damus.

TRADUCCION.

De los legatarios y fideicomisarios y de aquellos que estan en su familia.

A los legatarios y fideicomisarios, como que no son sucesores del derecho, y las otras personas con los mismos

unidas no les prohibimos ser testigos, antes bien se lo concedimos especialmente en una constitucion nuestra, y mucho mas damos esta facultad á aquellos que están bajo su potestad ó que les tienen á ellos en la misma (a).

NOTAS.

1. *Quia non juris succesores*). No son sucesores del derecho universal, sino de las cosas singulares, *l.* 9. §. 1. *D. de edend.* para quienes no se hace el testamento, sino para los sucesores universales; esto es, para los herederos. Asi pues, el negocio del testamento se trata tan solo con el heredero, no con los legatarios, á no ser por consecuencia; lo que no se tiene en consideracion, siendo confirmado el testamento, aunque sean ellos testigos, *d. l.* 14. Symmach. *lib.* 13. *epist.* 53.

Nostra constitutione). No existe esta constitucion, pero tenemos la de Conon sobre esto mismo en la *l.* 22. *C. h. t.*

COMENTARIO.

1. *No es muy probable lo que dicen algunos que á los legatarios se les prohibió ser testigos por el senado-consulto Liboniano, y que el primero que estableció lo contrario fué Scévola.*
2. *Esplícase la razon de Justiniano porqué se permite ser testigos á los legatarios y fideicomisarios.*
3. *Dánse muchas otras y mas adecuadas.*
4. *La disposicion de este párrafo no solo tiene lugar en los testamentos escritos si que tambien en los nuncupativos, refutándose la opinion de Antonino Fabro.*

El dejársele á uno en testamento un legado ó fideicomiso no impide que pueda ser testigo del mismo; sino que se dispuso que tambien los legatarios y fideicomisarios pudieran ser testigos en el testamento, *l. qui testam.* 20. *in pr. h. t. l. si quis* 14. *de reb. dub. l, distantibus* 22. *C. h. t.*; admitido lo cual debió tambien recibirse que pudieran serlo aquellos que estaban unidos con ellos por vínculo de potestad. Gotofredo en *d. l. distantibus* 22. dice que antiguamente los legatarios no podian ser testigos en el testamento en virtud del senado-consulto Liboniano, y Hotomano *aquí*, dice que estuvo esto en duda, y que Scévola fué el primero que lo introdujo, pensando entrambos que esto es lo que Plinio *lib.* 2. *epist. ult.* nota como una especie de falsedad. Pero, ¿quién dijo á Gotofredo que se hubiese dispuesto semejante cosa en el senado-consulto Liboniano, ni quién enseñó á Hotomano que fué Scévola el primer autor de un derecho contrario? No porque Scévola aprobó este derecho, como atestiguan Arcadio y Honorio, *l.* 3. *C. Theod. de testam.* se sigue desde luego que fué él primer autor del mismo. ¿Quién, empero, creerá si es cierto lo que dice Gotofredo, que Scévola respondió contra la autoridad de un senado-consulto reciente? Plinio en el lugar citado no dice que se cometa una especie de falsedad cuando uno es testigo en un testamento del que recibe un legado, sino cuando induce al testador á que le deje un legado con fraudes semejantes á los de que hizo uso cierto Marco Régulo hombre muy malvado de quien habla Juvenal en la sátira 1. *v.* 67.

Signato falso, qui se lautum atque beatum
Exiguis tabulis et gemma fecerit uda.

Por lo démás, el mismo lugar manifiesta evidentemente que ya entonces podian ser testigos los legatarios, ó que podia dejarse un legado á los testigos, y de *d. l.* 14. *de reb. dub.* se deduce que ya mucho antes de Plinio se observaba esto, en cuya ley se defiende lo mismo por autoridad de Trebacio.

2. *Quia non sunt juris successores*). Esta razon es *á posteriori*, segun se vé, para darnos á entender que el negocio del testamento no es con los legatarios y fideicomisarios, lo propio que con el heredero; y que por lo tanto, no se les prohibe como á este el ser testigos; pues lo que dije en el párrafo precedente que el testamento tenia lugar entre el testador y el heredero, y que por lo tanto no podia ser testigo este en aquel testamento en que es instituido, se funda en la razon de que el heredero es sucesor del derecho universal, por cuanto el testamento se hace con el objeto de tener un sucesor universal, y su nombramiento es la cabeza y fundamento de todo el testamento. Así pues, por la misma razon por la que se prohibe ser testigo al heredero á causa de que en el testamento se trata del interés del sucesor del derecho, por la misma se admite al legatario, porque no le pertenece al mismo este negocio, á causa de que no es sucesor del derecho. El heredero es rechazado como á testigo en causa propia, y el legatario es admitido como que lo es en causa agena. Y esto parece tambien dar á entender Marciano en *d. l.* 14. *de reb. dub.*, al decir que el mismo testamento se confirma por medio de los testigos; á saber, todo el negocio que se trata entre el testador y el heredero acerca la sucesion del derecho se confirma por el testimonio de los testigos, sin consideracion al legado pendiente de la sucesion del derecho. Sin embargo, aunque

(a) L. 11. tit. 1. P. 6

se conceda que los legatarios no son sucesores del derecho y que los legados no pertenecen á la esencia del derecho, y que por lo tanto se diga que el negocio de este no se refiere á los legatarios; con todo, debe confesarse que á lo menos en cierto modo se trata en el testamento del interés del legatario, pues que tiene esperanza de percibir del mismo algun emolumento; por lo que, le interesa particularmente que se confirme el testamento para que no se anule el legado, *l. eam. quam.* 14. *C. de fideic.* Esto mismo parece causa suficiente para impedir que los legatarios sean testigos; pues aunque no lo sean principal y directamente en causa propia, sino en la del heredero; con todo, por consecuencia de la confirmacion del testamento, y de la adicion de la herencia pertenece esto tambien á su utilidad; y así, lo que á nadie está permitido, *l. nullus* 10. *de testib. et C. eod. l. omnibus* 10. es testigo en causa propia; puesto que es claro ser causa propia aquello cuyo emolumento ó perjuicio pertenece de cualquier modo en nombre propio á alguno, *l.* 1. §. *in propia* 11. *quand. appell.* Así pues, aunque la razon de Justiniano prueba que con mayoría de razon debe ser repelido el heredero que no el legatario, con todo no parece bastante idónea para que pueda este ser admitido. Y en realidad es así, y no hay duda ninguna en que este derecho se introdujo por otra razon mas adecuada y especial, aunque no se encuentra en nuestros libros ninguna otra á mas de esta de Justiniano.

3. Los intérpretes dán muchas razones de esto. Primera, porque el número de los demás testigos, y el cumplimiento exacto de todas las solemnidades libra al testimonio del legatario de toda sospecha de falsedad, de modo que el legado se sostiene, no tanto por el testimonio del legatario, como por el de los demás quienes no tienen ningun interés en ello. La segunda es, porque en el caso propuesto la cuestion es entre el legatario y el heredero, quien debiendo á los testigos el conseguir la herencia y todos los bienes del difunto en virtud del testamento confirmado por el testimonio de aquellos, obrará muy mal si rehusa satisfacer el legado á alguno de los mismos valiéndose del pretexto de que fué testigo en causa propia; pues ya se atienda al tiempo de hacerse el testamento, ya al de abrirse, los testigos solo declaran acerca de la voluntad del testador, y de un hecho suyo; pero despues, cuando piden el legado solo tratan con el heredero, quien no puede con justicia, ni decorosamente rehusar el testimonio de aquellos de quienes se ha valido en su causa propia. Esta razon dá Bacovio, y no me parece de poco peso y casi es esto, mas bien que lo que antes dije, lo que Marciano sintió en *d. l.* 14. *de reb. dub.* cuando dijo segun la opinion de Trebacio y Pomponio que el legado dejado á los selladores ó testigos, pues es lo mismo, vale porque el mismo testamento se confirma por la concurrencia de los testigos. Añádese á esta razon otra tercera; á saber, porque los antiguos ordinariamente cuando hacian testamento se valian de sus amigos por testigos, y hubiera sido muy duro é inhumano el que no les hubiesen podido dejar nada en prueba de su amistad; acerca de lo que hay un elegante pasaje en Simaco, *lib.* 10. *epist.* 55.; en donde dice: *¿Quién cuando dispone su última voluntad no llama entre los testigos á uno de sus amigos mas íntimos? ¿Y qué tiene de extraño que estando presente merezca algun recuerdo de afecto aquel que fué llamado?* En seguida dice, que si las leyes dispusieron que el ligero honor que el difunto hace á los testigos por causa de su amistad pudiese invalidar el testamento seria mas seguro valerse de testigos enemigos y llama fútil calumnia, y una cosa inaudita desde que hay memoria de hombres, la objecion de un tal Bassiano que ponia esto en duda; véase la *l. Pamphilo* 39. §. 1. *de leg.* 3.

4. Estas razones me mueven á creer que esto no solo debió observarse en el testamento escrito, sino tambien en el nuncupativo, aunque disienten de esto Duaveno en el *tit. qui testam. fac.* y Ant. Fab. *decad.* 66. *err.* 1. *et seq.*; por lo que hace al testamento nuncupativo que segun actualmente se acostumbra se reduce á escritura por el escribano, parece tener esto menos duda; porque el testimonio privado del legatario se apoya en la fé de una persona pública; pero en el testamento simplemente nuncupativo puede haber alguna razon de dudar, por cuanto en él el testigo depone directamente sobre el legado, lo propio que sobre el derecho del heredero, y su testimonio no se apoya en nada mas, de suerte que puede parecer deber considerarse lo mismo que si uno escribiere en el testamento un legado para sí, lo que está prohibido por el senadoconsulto, *l.* 14. *in pr. ad leg. Corn. de fals.* A pesar de esto, debe mas bien decirse que tambien aquí vale el testimonio del legatario, pues que el de los demás testigos quita toda sospecha, y porque los legados y fideicomisos pueden tambien dejarse en codicilos, en los que es sabido que bastan cinco testigos, de modo que aquí se prestan mútua-

mente el testimonio; como advierten Hotomano, Diodoro Tuldeno, en este título *c.* 9.; aunque sin dificultad admitiria que debe en esto dejarse algun tanto á la conciencia del juez. Singular es la opinion de Fabro, *d. dec. err.* 5., que piensa que con la *nov.* 1. *c.* 1. se ha derogado enteramente este derecho, de modo que hoy dia no pueden ser testigos en el testamento escrito los legatarios ni fideicomisarios, por cuanto Justiniano en dicho lugar dispuso contra la regla del derecho antiguo, que si el heredero escrito rehusaba adir la herencia pudieran verificarlo los legatarios y fideicomisarios; de donde deduce que debe denegárseles la facultad de ser testigos, y que tiene lugar en ellos la razon que se dá en este párrafo, porque pueden llegar á ser sucesores en el derecho. En cuanto á mí, empero, prefiero decir que esto no debe entenderse asi, porque es accidental, y las cosas adventicias, segun dice Scévola no deben tenerse en cuenta. Con todo, este lugar solo debe entenderse de los fideicomisarios particulares, pues los universales, esto es, aquellos á quienes se restituye la herencia en virtud de fideicomiso se consideran como herederos, y despues del senado-consulto se reputan por sucesores del derecho, §. 5. *et* 4. *inf. de fideic. hær. l.* 1. *l.* 3. *de fideic. hær. pet.*

Quadam constitutione nostra). La maldad de los hombres exije muchas veces que aquello que está dispuesto terminantemente por las leyes deba especialmente confirmarse por otra nueva constitucion; lo que tambien sucede en el caso propuesto. La constitucion de Justiniano que se cita aqui se insertó sin duda en el primer código, habiéndose omitido en el de *repetitæ prælectionis* promulgado despues de la composicion de las instituciones, y que es el solo que tenemos hoy dia; siendo muy ignorantes los que piensan que aquí se habla, ó de la constitucion de Zenon, *l. dictantibus* 22. *C. h. t.*, ó de la respuesta del jurisconsulto en la *l. qui testam.* 20. *in pr. D. eod.*; pues ¿en qué casos habla de este modo Justiniano? Y además en este libro hace mencion muchas veces de constituciones que no se encuentran en el último código, como en el §. *sed nec.* 27. *inf. de leg.* §. *pen. inf. de leg. agn. succ.* §. 3. *de succ. libert.*

TEXTO.

De materia, in qua testamenta scribuntur.

12. Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an chartis membranisve, vel in alia materia fiat.

TRADUCCION.

De la materia en que se escriben los testamentos.

Nada importa que el testamento esté escrito en tablas ó en papel, pergamino ó otra materia (a).

NOTAS.

12. *In tabulis*). Esto es, de tablas de madera bruñidas y bañadas con cera; de ahi, las *tablas* del testamento y tambien el decirse *tablas* en vez de testamento, y *lignum* en vez de tablas, *l.* 19. *de bon. poss. tab* Juven. *satir.* 13. *et* 16.; y finalmente *cera* en vez de las mismas tablas, Suet. *in Jul. c.* 83. Horat. 2. *sat.* 5. Juven. *sat.* 13.

An in chartis). *L.* 1. *l.* 4. *de bon. poss. sec. tab.* Acerca de las diversas materias que emplearon los antiguos para escribir véase á Plin. *lib.* 13. *c.* 11. *et* 12.

COMENTARIO.

1 *De dónde vino que los antiguos dijesen cera en vez de tablas?*
2. *Los testamentos no deben escribirse con abreviaturas ni con señales, sino con letras.*

1. Los antiguos acostumbraban escribir los testamentos y algunas otras cosas en tablas de madera. De ahí es que los pretores en sus edictos solo hablan de las tablas del testamento, y que la posesion de bienes que se concede á los hijos preteridos se dice vulgarmente darse *contra lignum*, *l. quod vulgo* 19. *de bon. poss. cont. tab.*; y por esto tambien Juvenal *satir.* 13. *et* 16. llama las tablas en que habia algunos vales falsos, *vanos quirógrafos de madera*. Dichas tablas estaban cubiertas de cera, y se escribia en ellas con un punzon, primero de hierro y despues de hueso, de donde vino el que se dijera *cera* en vez de tablas, Sueton *in Jul.* 83. dice: *Quintum Prædium ex quadrante hæredem institui: reliquos in ima cera.* Horat. 2. *satir.* 5. *v.* 53. dice así:

Sic tamen, ut limis rapias, quid prima secundo.
Cera versu.

Juvenal, *sat.* 16. *Accipe ceram, scribe puer*; esto es, toma las tablas cubiertas de cera, lo que se encuentra frecuentemente en este poeta. No obstante, tambien emplearon otras materias para este objeto, como papel, per-

(a) L. 12. tit. 1. P. 6.

gamino ú hojas de ciertos árboles; *l. librorum* 52. *de leg.* 3. Plin. *lib.* 13. *c.* 11. *et* 12. Aunque el pretor, al dar la posesion de bienes contra las tablas solo haga mencion de estas, no por ello deja de poderse pedir dicha posesion de bienes si el testamento se hubiere escrito en otra materia idónea para este objeto, *l.* 1. *de bon. poss. sec. tab.*; y aunque se hubiere esto verificado en un papel escrito antes y despues borrado, ó tambien escrito en las dos caras, *l.* 4. *eod.* Tampoco hay diferencia ninguna, ni importa nada la lengua en que se haya escrito el testamento, *l.* 21. §. *ult. l.* 15. *C. de testam.*

2. El testamento debe escribirse en letra usual y lejible, no con señales ni abreviaturas oscuras, *l.* 6. §. *ult. de bon. poss.* Con todo, si se hubiera espresado la porcion de la herencia ó la suma del legado por medio de los guarismos que empleamos para designar una cantidad no se anulará la institucion ó legado, *l.* 9. §. 1. *de hær. ins.*

« En España todos los testamentos ó codi-« cilos cerrados, de cualquier género ó cali-« dad que sean, se han de escribir en papel « del sello cuarto porque han de servir de « protocolos, aunque tambien pueden escri-« birse en papel comun, pero en este caso « los escribanos despues de haberlos abierto, « han de sacar copia del protocolo en papel « del dicho sello cuarto, y habiéndola testi-« ficado ponerla en el registro junto con el « protocolo orijinal, segun lo dispuesto por « la ley 11. *tit.* 24. *lib.* 10. *Nov. Rec.*; la que « está tambien vijente en Cataluña. »

TEXTO.

De pluribus codicibus.

13. Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundùm obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est; velut si quibus navigaturus et secum ferre et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit; vel propter alias innumerabiles causas, quæ human[is] necessitatibus imminent.

TRADUCCION.

Cuando hay muchos ejemplares.

Cualquiera puede hacer muchos ejemplares de un testamento, observando en tódos ellos la solemnidad prescrita, lo que en ciertos casos hasta es necesario hacerlo; por ejemplo, si uno quiere emprender una navegacion, y llevarse consigo la declaracion de su voluntad, y dejar otra en su casa; ó por otras causas innumerables que acontecen durante la vida (a).

(a) D. l. 12. tit. 1 P. 6.

NOTAS

13. *Pluribus codicibus*). Esto es, muchos ejemplares *l.* 47. *de legat.* 2.; muchas tablas, *l.* 1. §. 6. *ult. quæ in testam. del.*; con tal que todas sean iguales de un mismo contexto y solemnidades *d. l. ult.*, y hechos entrambos como testamento; no el uno como á tal, y el otro como ejemplar ó copia, *d. l.* 1. §. 7. *de bon. poss. sec. tab.*

COMENTARIO.

1. *Si del mismo modo que pueden del testamento sacarse varias copias, pueden por el contrario los testamentos de muchos hacerse juntamente.*

Pluribus codicibus). Esto es, muchos ejemplares, *l. unum.* 24. *h. t. l.* 1. §. *si quis* 5. *de bon. poss. sec. tab.*, ó muchas tablas, *l. ult. quæ in test. del.* Dice un testamento, pues ningun pagano puede morir con dos testamentos, sino que el primero siempre queda derogado por el posterior. Aquel testamento, empero, que uno consiguió en diferentes ejemplares, é hizo solemnemente á un mismo tiempo es un solo testamento, *l.* 1. §. 6. *de tab. exhib. l. ult. quæ in test. del.*; pero si uno escribiese en dos ejemplares sellados en un mismo tiempo muchos herederos, y entrambos existieren, de cada uno de ellos como de uno solo compete la posesion de bienes, porque se consideran por unas solas tablas, y entrambas por la última voluntad, *d. l.* 1. §. *sed et si* 6. *sec. tab.*

1. Pregúntase aquí, ¿si del mismo modo que es lícito á uno hacer su testamento en diferentes ejemplares, así por el contrario lo es á muchos hacer su testamento en un solo ejemplar, ó sea en un solo volúmen, convocando á unos mismos testigos para dicho acto, y celebrar este á un mismo tiempo? Niéganlo Viglio y Hotomano, con cuya opinion me conformo, pues que el testamento de cada cual es una declaracion particular, y así debe estenderse en un instrumento propio y separado; y si admitimos la union de diversos instrumentos se corromperá el sutilísimo negocio del testamento el que debe hacerse en un solo y mismo acto y tiempo, sin que puedan intervenir en él otros actos agenos ó extraños, *l. hæredes* 21. §. *ult. h. t. l. hac consultissima* 21. *l. cum antiquitas* 28. *C. eod.* Es verdad que en el caso de la sustitucion pupilar pueden unirse los testamentos del padre y del hijo, y sellarse los dos por unos mismos testigos; pero esto se ha recibido porque se considera como un

solo testamento, *l. pater 20. de vulg. et pup. subst.*; como se prueba porque en el caso en que estén separados exije cada uno de ellos sus solemnidades aparte.

Secundum obtinentem observationem). Si hubiese muchos ejemplares de un testamento puede concederse la posesion de bienes en virtud de cada uno de ellos, con tal que todos sean auténticos, esto es, que se hayan hecho como testamento al mismo tiempo y con todas las solemnidades, *d. l. ult. de his quæ in test. del.* Otra cosa diríamos si el testador hubiese hecho un ejemplar, no como á testamento sino como á copia, segun hablan vulgarmente, *d. l. 1. §. sed si 7. secund. tab.*; pues si se diese la posesion de bienes en virtud de un traslado ó copia se daria márgen á los hombres malvados para que ejerciesen sus fraudes en los testamentos, *l. 2. de fid. instrum.* ¿Qué sucederá, empero, si de las dos tablas de un testamento hubiese borrado ó roto una de ellas el testador? En este caso se responde que puede adirse la herencia en virtud de las que han quedado ó bien la posesion de bienes, á no ser que los que quieran suceder ab intestado prueben que el testador las rompió con la intencion de morir sin testamento, *d. l. ult. quæ in test. del.* ¿Y qué diremos en el caso en que se hubiese legado una suma diferente á uno mismo, por ejemplo, en unas tablas cincuenta aureos, y en otras cien? En este caso responde Próculo que deba favorecerse al heredero, y que solo se deberán cincuenta, *l. 47. de legat. 2.*

Quod interdum etiam est necesarium). Es decir, *secundum quid*; á saber, si uno temiese que si solo hace un ejemplar su última voluntad no se cumplirá, por cuanto es muy fácil que un instrumento solo se pierda ó se destruya de otra manera, ó bien puede ocultarse ó sustraerse por los herederos ab intestado, *l. unum 24. h. t. l. si in duobus 10. §. ult. test. quem. aper.*

«En España, como que los paisanos del «mismo modo que los militares pueden morir parte testados, parte intestados, *l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.*; segun con mayor extension verémos en el §. 5. *del tit. 14. de este libro*; se deduce que no solo «podrán hacer muchos ejemplares de un «mismo testamento, sino que podrán morir «con muchos testamentos á la vez, con tal «que no encierren disposiciones contradictorias, sin que en este caso el último testamento derogue los anteriores.»

TEXTO.

De testamento nuncupativo

14. Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiant. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.

TRADUCCION.

Del testamento nuncupativo.

Basta lo que hemos dicho acerca de los testamentos que se hacen por escrito. Si uno, empero, quisiere hacer testamento por derecho civil sin escrito, estando presentes siete testigos, y declarando su voluntad delante de los mismos, sepa que este testamento es perfectísimo por derecho civil y valedero.

NOTAS.

14. *Voluntate noncupata*). Una voluntad manifestada pública y claramente, de modo que pueda oirse y entenderse por los testigos, *dd. ll. l. 25. eod.* Sueton. *in vit. Horat.* dice: *Decessit hærede Augusto palam nuncupato.* Tambien puede presentarse á los testigos para que lo sellen un testamento escrito cerrado, ocultando el nombre del heredero, de donde le vino entre los griegos el nombre de *místico.*

COMENTARIO.

1. *Qué es lo que tiene de comun el testamento escrito con el nuncupativo?*
2. *En qué se diferencia el uno del otro?*
3. *Por qué razon los antiguos acostumbraban mas á hacer testamento escrito que no nuncupativo.*
4. *Si el testamento hecho segun los estatutos ó costumbres de algun lugar tiene fuerza fuera del mismo?*

Compréndese en este párrafo brevemente el modo de testar sin escrito ó sea nuncupativamente; el que proviene del todo del derecho civil, pues la principal solemnidad del derecho pretorio consiste en el sello de los testigos; lo que no puede tener lugar sin las tablas. Con todo, el pretor como á custodio del derecho civil dá tambien la posesion de bienes en virtud del testamento nuncupativo, *l. 8. §. ult. sec. tab. l. 2. C. eod.*

1. *Septem testibus adhibitis*). El testamento nuncupativo tiene algunas cosas comunes con el escrito; por ejemplo, el número y cualidad de los testigos, y la unidad de acto. Deben tambien en estos testamentos ser los testigos rogados, ó á lo menos advertírseles para qué objeto han sido convocados, *l. hæredes 21. §. pen h. t. l. hac consultissima*

21. §. *per nuncupationem* 2. *C. eod.* Antiguamente, era tambien necesario que aquel que queria testar nuncupativamente advirtiese con palabras espresas á los testigos que los habia llamado con el objeto de hacer testamento nuncupativo; pero como del mismo acto aparezca bastantemente de qué modo quiere uno testar, Justiniano quitó esto en la *l. in testamento* 26. *C. eod.* Pero ¿qué sucederá en el caso en que se dude acerca de este punto? Supóngase que alguno de los testigos presentes, despues de haber el testador leido el testamento y nombrado al heredero que habia escrito en una cédula para conservarlo en la memoria, la hubiese sellado y firmado. En este caso vulgarmente se dice que una solemnidad supérflua no debe viciar un testamento que hubiera valido en fuerza de la nuncupacion, aunque aquella se hubiese omitido. Con todo, otra cosa deberá decirse si consta que el escrito que se lee era destinado á convertirse en testamento, *l. ex ea* 29. *h. t.*

2. *Et sua voluntate nuncupata*). En esto es en lo que principalmente se diferencia el testamento nuncupativo del escrito; pues que el testador puede, si así lo quisiere, manifestar á los testigos el testamento escrito cerrado y declarar que aquel es su testamento, callando el nombre del heredero por cuya causa se llama este testamento *místico*. Nuncupar al heredero es lo mismo que declararlo de palabra, *l. si is qui* 25. *h. t.* Por lo que *nuncupare* y *hæredem pronuntiare* se emplean en el mismo sentido. La voluntad en este testamento debe declararse públicamente, pero no á la vista de todo el mundo, como significa alguna vez el adverbio *palam*; por ejemplo, cuando se dice que la mujer comercia *palam* ó públicamente con su cuerpo; sino clara y espresamente de modo que pueda oirse y entenderse por los testigos, *d. l. hæredes* 21. §. *in pr. h. t. d. l. hac consultissima* 21. *per nuncupationem*. 2. *C. eod. l. ult. de jur. eod.* Asi Suetonio, en la vida de Horacio dice: *Murió habiendo nombrado públicamente por su heredero á Augusto, no permitiendo el peligro inminente de la enfermedad que se sellasen las tablas del testamento.* Asi pues, lo que en el testamento escrito no es necesario; á saber, que los testigos entienden la lengua del testador, *l. qui testam.* 20. §. *pen. h. t.* se requiere absolutamente en el nuncupativo: véase la *l. coram* 209. *de verb. sign.* Antiguamente, se empleó tambien en los testamentos escritos la palabra *nuncupatio*; pero en ellos significa la general declaracion de la voluntad, cuando el testador teniendo en su mano las tablas del testamento declara delante de los testigos rogados que aquel es su testamento sin nombrar al heredero, Ulp. *tit.* 20. §. 8.

3. *Perfectissimum*). Con respecto al efecto, que es el mismo que el del testamento escrito, el que por otra parte en cuanto á las solemnidades es mas perfecto. Sin embargo, á pesar de que el modo de testar nuncupativamente es mucho mas expedito que el que se hace por escrito, con todo, los antiguos hicieron menos uso de él que de este, como lo prueba que en nuestros libros á cada paso se hace mencion de las tablas del testamento y de los herederos escritos, y muy raras veces del testamento nuncupativo. Dos causas creo yo que dieron márjen á esto; primera, porque en el testamento escrito no es necesario publicar lo que en él hay, y lo que muchas veces interesa ocultar el testador á los herederos y á los demás á quienes se deja algo, cuya ventaja no se encuentra en el testamento nuncupativo; y segunda, porque el escrito se confirma por las firmas y sellos de los testigos, lo que hace que aunque estos mueran, sin embargo queda subsistente el testamento, al paso que la validez del testamento nuncupativo pende enteramente de la deposicion de los testigos, los cuales muertos ó alguno de ellos, no habiendo ó habiendo menos que los que se requieren, para que puedan presentarse otra vez á declarar en juicio; de preciso debe invalidarse la voluntad del difunto. Este inconveniente, empero, se obvió por medio del escribano, quien recibia la voluntad declarada ante los testigos y confirmaba el hecho con la autoridad de su escritura; cuya escritura ó instrumento por sí solo sin nueva citacion de los testigos prueba la última voluntad. Y no por esto deja de ser el testamento nuncupativo; puesto que la escritura solo interviene para prueba, y no para la esencia del testamento; aunque no niego que esta especie de testamento se parece algun tanto al escrito, acerca lo cual véase á Sichard. *in l. hac consultissima* 21. §. *per nuncupationem* 2. *num.* 2. *C. h. t.*

4. Pregúntase si el testamento hecho segun la costumbre ó estatutos de algun pais tiene fuerza tambien fuera del mismo. Por ejemplo, el testador hizo testamento en donde era permitido hacerlo con dos testigos, y el notario. Pregúntase si valdrá tambien en un pais en que se requieren siete testigos. Afírmanlo comunmente los doctores en la *l.* 1. *C. de Sum. Trin.* Viv. 1. *opin.* 58. Coras. *de jur. art. p.* 3. *c.* 15. Covar. 2. *de spons.* §. 7. *num.* 8. Costal. en la *l.* 6. *de evict.* An-

lon. Perez *in c. de testam. núm.* 21.; pero hay algunos que opinan de un modo contrario, y piensan que en el caso propuesto debe distinguirse, de modo que acerca las cosas muebles y créditos se admita la comun opinion de los intérpretes; pero que acerca las cosas inmuebles debe atenderse al pais en que están radicadas; pues las cosas muebles, en cualquier lugar en que se encuentran están allí por voluntad del dueño y á su arbitrio pueden trasladarse, y por lo tanto siguen la persona, no las leyes del pais; pero las inmuebles, como que su situacion es cierta y perpétua se rijen segun las constituciones y leyes del pais en que se hallen, segun la *l. 4. C. de jur. fisc. l. ult. de jurisd.* A mi me parece mas probable la primera opinion, y creo que hay mucha diferencia entre que los estatutos dispongan algo acerca de las solemnidades de algun acto, ó acerca de la misma cosa; por ejemplo, un fundo, cuyas leyes se entienden en la cosa. Tales son las que disponen ó arreglan la sucesion ab intestado, las que afectan indudablemente la misma cosa, de modo que en cualquier parte que se encuentra está sujeta á dichas leyes; y lo mismo ha de decirse de aquellos estatutos que disponen algo acerca la capacidad de las personas, Gail. 2. *obser.* 124. Coras. *dict. par.* 5. *cap.* 14. Gomez en la *l.* 3. *de Toro núm.* 20. Aquellas leyes, empero, que solo versan acerca la solemnidad del acto, como que no afectan ni la cosa ni la persona del que celebra el acto, sino tan solo la misma disposicion que se hace en el lugar del estatuto ó costumbre, es conforme á la razon y al derecho que tenga fuerza, aun con respecto á aquellos bienes que están situados en otra parte; pues las solemnidades de los actos pertenecen á la jurisdiccion de aquellos en cuyo territorio se celebra, segun la *l. 6. de evict. l. 3. in fin de testibus. l. 2. C. quemadm. test. ap. l.* 9. *et ult. C. h. t.* Y de otra suerte, contra lo que dispone la razon del derecho, aquel que queria morir con testamento deberia hacer muchos, ó lo que aun es mas absurdo deberia observar en el mismo testamento las solemnidades de muchos lugares, y un acto uno é indivisible, como es el testamento, deberia acomodarlo á diferentes lugares. Peck. *de test. conjug. lib. 4. c.* 28. *in fin.* Véase lo que nosotros decimos en el *lib.* 2. *select. quæ c.* 19. Con todo, si la ley expresamente mandase á los testadores seguir la ley del pais en que están los bienes deberá decirse otra cosa.

«Segun nuestras leyes, si el testamento «nuncupativo que llamamos abierto se hace «por ante escribano, bastan tres testigos que «sean vecinos del lugar donde se hace el tes-«tamento; pero si se hace sin escribano se «necesitan cinco testigos tambien vecinos; y «si en el lugar no pudieran ser habidos cin-«co testigos vecinos ni escribano, entonces «bastarán tres con tal que sean vecinos. Mas «si se hiciere el testamento á presencia de «siete testigos será válido, aunque no sean «vecinos ni haya escribano, con tal que con-«curran las demás circunstancias que requie-«re el derecho segun la ley 1. *tit.* 18. *lib.* 10. «*Nov. Rec.* Ant. de Torres §. 10. *Inst. h. t.* «y Gomez á la *l.* 3. *de Toro núm.* 47. quie-«ren que el testamento nuncupativo sea vá-«lido, si se hace á presencia de tres testigos, «aunque no intervenga escribano, no obs-«tante que pudiera hallarse en el lugar, y «se fundan en que los testigos tienen igual «fuerza que los instrumentos, y en que las «pruebas, especialmente cuando se trata de «testamentos, no se deben restringir antes «bien ampliar segun la *l.* 15. *C. de fid. ins-«ta.* Sin embargo esta opinion parece con-«traria á estas palabras de dicha ley 1.ª *Y si «no pudieren ser habidos cinco testigos ni «escribano en dicho lugar*; las cuales ma-«nifiestamente llevan el carácter de condi-«cion. Por otra parte, si admitimos semejante «parecer de los doctores seria del todo supér-«fluo y aun capcioso el primer caso de la mis-«ma ley 1.ª en que se requieren tres testigos «y un escribano, si este nunca fuera nece-«rio. Así que, no obrará con prudencia el «testador que pudiendo llamar escribano no «lo hace y se contenta con solo tres testigos. «Ni tampoco nos parece conforme la razon «con que Cavarrubias *cap.* 10. *de testam.* «*n.º* 5. intenta probar ser bastante que el «testamento se haga por ante escribano y «dos testigos si en el lugar no puede fácil-«mente encontrarse mayor número, pues que «el escribano puede suplir el defecto del tes-«tigo que falta, teniendo además su autori-«dad y fé pública, cuando segun dicha ley «primera suple el número de dos testigos; «pues aunque es cierto que segun el espíritu «de la ley puede el escribano suplir el número «de dos testigos, en cuanto que lo mismo va-«len tres con escribano que cinco sin él; sin «embargo, en ninguna parte se halla espreso «que el escribano pueda gozar de dos repre-«sentaciones; á saber de la de testigo y de la «de persona pública. Además la misma ley «pide como el *mínimum* tres testigos cuando «interviene escribano por aquellas palabras. «*tres testigos á lo menos*. A la verdad si el «escribano fuere vecino del lugar como los «otros dos testigos, y no se pudiere hallar

« mayor número de estos, no creeré tampo-« co que el testamento se invalide, haciendo « el escribano oficio de testigo. Empero con « razon advierte y prueba el citado Gomez á « dicha *l.* 5. *n.* 56. 60. *y* 61. que la misma « solemnidad se requiere en nuestra España « en los testamento de padres entre hijos, « que en los testamentos de extraños ya sean « cerrados ya abiertos, igualmente que en los « que se hacen en tiempo de peste, *ibid n.* 48. « (*Sala. Inst. Rom. Hisp.* en este pár.)

« Por lo que hace á Cataluña véase al fin « del comentario del §. 4. de este titulo. »

TÍTULO UNDÉCIMO.

Del testamento militar.

CONC. CON EL DIG. LIB. 29. TIT. 1. Y CON EL COD. LIB. 6. TIT. 21. (a).

Razon del método: qué es lo que aquí significa testamento militar?

Dijimos en la rúbrica del título precedente que habia dos especies de testamentos: uno comun de todos los ciudadanos que se llama pagano, y otro propio de los militares que por esta causa toma el nombre de militar. Lo que hasta aquí se ha dicho acerca del modo de hacer los testamentos solo se refiere á los de los paganos; pues los militares de los que se trata aquí no están sujetos á dichas leyes. Por testamento militar no entendemos aqui todos los hechos por los militares; esto es, por aquellos que están alistados bajo juramento, sino los hechos en virtud del privilejio militar, pues que tambien los soldados pueden testar por derecho comun, *l. 5. h. t.*; y aun están tenidos á hacerlo cuando no están en campaña. Cuando, empero, están ocupados en sus espediciones tienen la facultad de testar por su derecho propio y privilejiado, prescindiendo de todas las leyes que pertenecen á las solemnidades de los testamentos. Así que, en este título por testamento del soldado ó militar solo se entiende el hecho en la expedicion en virtud del derecho privilegiativo de los militares.

TEXTO.

In militum testamentis solemnitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus Principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, rectè nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem remporibus, quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis ædibus degunt, minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, etsi filii familiarum sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione et in eorum testamentis adhibendaquam in testamentis paganorum proximè exposuimus.

TRADUCCION.

En los testamentos de los militares están dispensadas las solemnidades.

Por las constituciones de los príncipes se ha dispensado la observacion de las referidas solemnidades en los testamentos de los militares por su mucha impericia; pues aunque no convocaren el número lejítimo de testigos, ni observaren algunas otras solemnidades de los testamentos, á pesar de ello testan bien con tal que estén ocupados en las espediciones; lo que con razon introdujo nuestra constitucion. De cualquier modo, pues, que manifiesten su última voluntad, ya por escrito, ya sin escrito, vale el testamento conforme á la misma; pero en aquel tiempo en que no estando en las espediciones viven en otros lugares ó en sus casas, no pueden de ningun modo reclamar semejante privilejio. Y aunque sean hijos de familia pueden testar por causa de la milicia, mas por derecho comun deben observar en su testamento las mismas solemnidades que esplicamos hace poco en los testamentos de los paganos.

NOTAS.

Nostra constitutio). *L. pen. C. h. t.* Lo que parece que ya antes se observaba, *l.* 1. *l.* 15. *C. eod.*

(a) L. 4. tit. 1. P. 6. y l. 2. tit. 18. lib. 10. *Nov. Rec.*

Quoquo modo). Ya en el casco, en la vaina ó en la arena, *l.* 15. *C. eod.*

Suis ædibus). En algunas partes se lee *sedibus*, segun Viglio y Gifanio, Concio, Wesembecio y Fabroto. Los cuarteles de los soldados se oponen á su espedicion. Veget. *l.* 3. *c.* 4. *et ult.* Teófilo dice *sedetas*; esto es, segun Scoliástes §. 3. *inf.* en los cuarteles de invierno. Las *sedetas* son unos lugares ó cuarteles en los que descansan los soldados, *l.* 18. *C. de episc. aud.* Equivócase aquí Cujacio *consult.* 39.

Propter militiam). Dice aquí que los hijos de familia militares tienen el mismo derecho que los padres de familia, que tambien militan; esto es, que en las espediciones pueden testar segun el derecho militar, y fuera de ellas conforme al derecho comun acerca del peculio castrense.

COMENTARIO.

1. *No es la impericia de los soldados la causa principal del privilejio militar, sino los peligros á que se hallan espuestos los soldados.*
2. *A los militares se les dispensa de todo lo que se funda mas bien en una sutileza, que en la razon natural, ya pertenezca á la constitucion del testamento, ya á su invalidacion.*
y 3. *Los que están en cuarteles de invierno no pueden testar en virtud del privilejio.*
. *El sable, el casco, y la arena pueden servir al militar de papel, la espada de pluma y la sangre de tinta.*
6 *Tambien los hijos de familia militares tienen facultad de testar en el campamento segun el derecho militar.*

Propter imperitiam eorum). Esta es la causa del beneficio, la que se encuentra tambien inserta en el capítulo que se halla en la *l.* 1. *h. t.*, y en el rescripto de Antonino, *l.* 3. *C. eod.*, en cuyo lugar se dice haberse concedido este beneficio por la sencillez de los militares; esto es, por su impericia, pues que yendo la sencillez la mayor parte de las veces acompañada de la impericia, y por decirlo así, naciendo de esta la sencillez, de aquí es que entre los antiguos quiere decir impericia; como en aquello de Nason *Heroid. ep.* 2. *v.* 63.

Fallere credentem non est operosa puellam
Gloria simplicitas digna favore fuit.

Lo mismo quiere decirse en la *l. ult. in pr. C. de jur. de lib.* cuando se dice que los soldados saben mas manejar las armas que el derecho; y aquí puede tambien acomodarse lo que Tácito escribe en la vida de Agricola, *c.* 9. *que la jurisdiccion castrense es mas ruda y que obra mas con la mano que no con la sutileza del foro.*

1. Pero esta no es una razon adecuada, ni la sencillez militar es la sola y principal causa de este privilejio. No es la sola, pues de otra suerte tambien debiera haberse concedido el mismo privilejio á las mujeres y rústicos; y á los militares debió habérseles concedido sin distincion de tiempo ni lugar, y habiendo muchos que servian sabiendo las leyes debia esceptuarse á estos. No es tampoco la causa principal, porque no pueden hacer uso de este privilejio fuera del campamento, y pasado el tiempo de la espedicion. La causa principal, pues, es la que Ulpiano espresa en la *l. un. de bon. poss. ex test. mil.*; á saber, los trabajos y peligros á que están espuestos en las espediciones y en los campamentos; en cuyo tiempo el pensamiento de las armas, los peligros inminentes y la necesidad de guardarse quitan todo otro pensamiento acerca del derecho. Y por esta razon no es lícito á los militares testar de este modo en otro lugar ó tiempo; y aquellos que, aunque no sirven, se encuentran en semejante peligro frente el enemigo ó en un sitio, si murieren allí pueden testar segun el derecho militar del modo que quieran ó puedan, *d. l. un. l. ult. h. t.* VINN. Habiéndose este privilejio concedido á los militares en aquel tiempo en que la milicia mercenaria se introdujo, no sin fundamento puede creerse que la verdadera causa del mismo fué para inducir á los hombres á que se inscribieran mas gustosos en la milicia. HEIN.

Constitutionibus Principalibus). Julio Cesar fué el primero, segun Ulpiano *l.* 1. *h. t.* que concedió á los militares la libre facultad de testar, aunque dice que semejante concesion fué temporal. Posteriormente vino Tito, y despues de este Domiciano, quienes concedieron de nuevo la misma libertad, la que finalmente dió Nerva y su sucesor Trajano; habiendo desde entonces usado siempre los militares de este privilejio; á saber, que de cualquier suerte que testasen fuese válida su voluntad.

Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint). Esto es, la continuidad del acto, la rogacion, suscripcion y sello de los testigos. Así que, aunque no hubieren testado en un mismo acto, aunque los testigos no hubiesen sido rogados, aunque los que hicieren testamento por escrito no hubiesen cuidado de firmar ó sellar las tablas, á pesar de todo esto se entiende que testan bien y deberá la nuda voluntad de los militares tenerse por testamento, lo propio que la solemne disposicion de los demás, *l.* 1. *h. t.* y *C. eod.* No solo consiste el privilejio militar en que no esté su testamento sujeto á las le-

tes que se refieren á las solemnidades esternas, como el número, rogacion, suscripcion y sello de los testigos, sino tambien en todo lo demás, ya pertenezca á la constitucion, ya á la invalidacion de los testamentos. Todo lo que se funda mas bien en una sutileza que en una razon natural se ha dispensado enteramente á los militares, como en general dice Duareno, *c. 4. ad. hunc. tit.* Asi pues, aunque el militar preteriere á sabiendas á sus hijos, que tiene en su potestad *l. sicut* 9. *et seq. C. h. t.* ó instituyere heredero desde ó hasta cierto dia, ó muriere en parte testado y en parte intestado, *l.* 6. *l. in fraudem* 15. §. *miles* 4. *l. si duobus* 37. *l. miles.* 41. *eod. l.* 8. *C. eod.*, ó nombrare por heredero á un incapaz. *l. idem.* 15. §. 2. *eod.*, ó sustituyere directamente á un hijo emancipado, ó á un extraño en segundo grado, *l.* 5. *d. l. miles* 41. §. 4. *eod.*, ó diere directamente la herencia en codicilos, *l. militis.* 36. *eod.*, ó hiciere testamento solo para sus hijos, no para sí, *d. l. in fraudem* 15. §. *pen. d. l. miles* 41. §. *ult.*, á pesar de todo esto testará bien y su voluntad se observará segun testare. La ley falcidia no permite legar por derecho comun mas de las tres cuartas partes: á los militares les es esto licito, *l. si certarum* 17. *in fin. h. t. l.* 14. *C. eod. l.* 7. *C. ad leg. Falc.* Por derecho comun nunca puede la nuda voluntad del testador invalidar el testamento, y contra la voluntad del mismo se invalida de muchos modos, *inf. quib. mod. test. inf.*: por el contrario la sola voluntad del militar basta para derogar el testamento, *d. l. in fraudem* 15. §. 1., y contra la misma nunca se invalida, á no ser por la capitis diminucion máxima y media, *l.* 6. §. *sed si quis* 6. *et seq. de injust. rupt. test.*; mas no por la agnacion ó cuasi agnacion de un heredero suyo, *l.* 7. *et seq. h. t.* (lo que sin embargo debe interpretarse segun la *l.* 9. *et d. l. militis* 36. §. 2. *eod.*), ni por la adopcion ni arrogacion del mismo, *l. miles* 22 *et seq. eod.* §. *pen. inf. eod.*; ni finalmente tampoco por un testamento posterior si quisiese que valga el primero, *l. quærebatur* 19. *eod.* Este es el resúmen: algunas de estas cosas las esplicaremos mas adelante con mayor detencion.

In expeditionibus). Llámase *expeditio* porque los soldados están espeditos para pelear contra el enemigo cuando convenga. Así que la espedicion no es el mismo choque, ni el tiempo de la guerra, sino todo aquel tiempo que los soldados están sobre las armas ó contra el enemigo, ya le persigan, ya le aguarden, cuando les amenaza, dispuestos á pelear para invadir, ó para repeler y rechazar al invasor. Casiodoro 1. *va.* 17. dice: *los antiguos dijeron espedicion porque el ánimo dedicado á las batallas no debe estar ocupado en otros pensamientos.* En los campamentos de invierno y los otros lugares, en que fuera del campo, es preciso que moren los soldados se llaman *sedes*, ó cuarteles. Veget. *l.* 3. *de re mil. c.* 4. *et ult.* Salust. en *Jugurth. c.* 37. dice: *Milites mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.*

3. *Quod merito nostra constitutio introduxit.*). *L. pen. C. h. t.* Antes de esta constitucion de Justiniano podian los soldados mientras servian en la milicia testar segun su derecho privilegiado, en cualquier lugar y tiempo. Así lo afirma Viglio, pero yo lo dudo; pues en la *l.* 1. *C. h. t.* que es de Antonino, y en la *l. milites* 15. *C. eod.* que es de Constantino se hace mencion espresa de la espedicion, y la razon del privilegio que consiste en los peligros, segun dice Ulpiano *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* no tiene lugar cuando no están en el campo ó en la espedicion. Apesar de esto, pienso que antiguamente los soldados que estaban en las provincias podian testar allí en virtud del derecho privilejiado, lo propio que en las espediciones. Justiniano quiso que para declinar las escepciones y pedir la restitucion *in integrum* solo aprovechase á los militares el tiempo que están en la espedicion, *l. ult. C. de test. mil. l. ult. C. quibus non objic. long. temp. præscr.*

4. *Quoquo enim modo voluntas ejus, sive scripta, sive non scripta*). La voluntad escrita valdrá sin ningun testigo, la declarada de viva voz podrá probarse con solos dos; y el militar pronto á pelear con el enemigo podrá servirse de la vaina, del casco, de la arena ó de la tierra en vez de papel ó tablas, y de abreviaturas en vez de letras, *l. Lucius* 40. *h. t.*, de sangre en vez de tinta, y de su espada en vez de punzon ó pluma, *l. milites* 15. *C. eod.* Sin embargo, en este caso creo que será necesario otro testimonio para que puede constar esto; pues que apenas es posible que pueda reconocerse su letra escrita de este modo, ni probarse por su cotejo con otras; pues aunque la voluntad del militar de cualquier modo que se haya declarado es válida, con todo debe demostrarse por pruebas lejítimas, *d. l. Lucius* 40.; lo que advierte tambien Fabro.

Vel suis ædibus). Así se lee en entrambas constituciones citadas, y en las Basilicas segun Cujacio, *l. ult. C. de postl.* se dice: *ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις*, esto es, *en sus propias casas*; y Teófilo *ἐν τοῖς λεγομένοις σελλίοις*, es decir, *en las llamadas sedelas.* Hotomano

dice que *sedetas* quiere decir lo que los latinos llaman *stativa*, ó sea cuarteles. Yo pienso que Teófilo entiende todos aquellos lugares en los que los soldados permanecen mas con el objeto de estar de asiento que con el de pelear; por ejemplo, los cuarteles de invierno ó las guarniciones, hasta que emprendan alguna espedicion. Llámanse los cuarteles de los soldados, y por ocasion se oponen á la espedicion. Pienso, sin embargo, que es falso lo que Cujacio responde en su *consulta* 40. que los soldados tienen tambien el privilegio de testar segun el derecho militar en los cuarteles de invierno y en las guarniciones; pues los que están en ellos no puede decirse de ningun modo que se hallen en la espedicion ó en el campo, lo que se requiere sin embargo espresamente en este lugar, y en el §. *sed hactenus* 3. *inf. eod.*, y cesando la causa del privilegio debe cesar tambien este, segun el axioma vulgar.

6. *Et si filiifam. sint etc., jure tamen communi*). De estas palabras deduce Porcio que los hijos de familia no pueden testar por derecho militar; por cuya causa la reprende Viglio con razon. El lugar es claro y no ofrece duda alguna. Habia restringido antes el privilegio concedido á los militares á aquel tiempo durante el que están ocupados en la espedicion: pero para que alguno no pensase de aquí que los militares, principalmente los hijos de familia, no pueden testar en otro tiempo de modo ninguno, añade que puede el militar testar estando fuera del campo y no en la espedicion, como tambien puede verificarlo el hijo de familias de solo el cual podia suscitarse alguna justa duda no considerándoseles con el privilegio militar, pero que en semejante caso no pueden testar los militares, ni los hijos de familia acerca del peculio castrense, mas que por el derecho comun á todos los ciudadanos romanos. Así pues, no niega el Emperador que los hijos de familia militares estando en campaña puedan testar segun el privilegio, sino que dice que aun cuando no estén en campaña pueden testar, pero que en este caso solo pueden hacerlo conforme al derecho comun, dando á entender que tienen siempre el mismo derecho los padres de familia que sirven en la milicia. De lo que se ha dicho hasta aquí se deduce cuán ridículo es lo que piensan algunos al decir que los militares inscritos en ciertas órdenes, como son los caballeros Teutónicos, los de Rodas ó de Malta pueden testar segun el privilegio militar, como que en este caso se prescindiese enteramente de la nuda dignidad ó de la milicia honoraria: véase á Duareno en este *tit. c.* 5. *Paganorum*). Llámanse paganos propiamente, los rústicos, villanos ó aldeanos, y se oponen á cada paso en nuestro libro á los militares, significándose con aquel nombre todos los que no militan. Los escritores eclesiásticos y las constituciones de los emperadores cristianos llaman tambien paganos á los gentiles, cuyo nombre es probable trajo su orijen de que bajo Constantino casi todas las ciudades abrazaron la fé cristiana, habiendo permanecido un largo tiempo despues la relijion de los gentiles en los campos y aldeas, en cuyos lugares se conservaron los restos del paganismo. VINN. Otros dicen que se dió el nombre de paganos á los que adoraban los dioses, porque no militaban bajo las banderas de Cristo; pero la razon de Vinnio es mas sólida. HEIN.

«En España, las leyes de las partidas, á «imitacion de las romanas, conceden á los «militares la facultad de testar por derecho «militar ó privilegiado solo en el caso que se «hallen en campaña, *l. 4. tit. 1. P. 6.* Este «derecho, empero, fué algun tanto modificado por lo que despues se dispuso en el «*art. 4. trat. 8. tit. 11 de las ordenanzas* «*militares del ejército*, sobre cuyo articulo «habiéndose posteriormente suscitado alguna «duda, se dió una nueva disposicion en 24 «de octubre del año 1778 que es la *ley* 8. «*tit. 18 lib. 10. de la Nov. Rec.* En ella, «S. M. á consulta del supremo consejo de la «guerra declara y quiere que todos los que «gozan del fuero militar puedan en general y sin limitacion ninguna hacer sus testamentos; los que serán válidos, con tal «que conste de la voluntad del testador, ya «sean hechos estando en campaña, ya fuera «de ella.»

«Esta ley está tambien vigente en Cataluña como que es posterior al decreto de «Nueva Planta.»

TEXTO.

Rescriptum D. Trajani.

1. *Planè de testamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit.* Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse, quod et sine scriptura et à non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est; ut declaret quem vellet sibi hæredem esse, et cui libertatem tribueret; potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui; Ego te heredem facio aut: Bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest

egis interest quàm ipsorum, quibus id privilegium tum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui n difficultèr post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, linquere se bona, cui visum sit. Et per hoc vera ju-cia subverterentur.

TRADUCCION.

Rescripto del Emperador Trajano.

El Emperador Trajano envió un rescripto á Catilio evero acerca los testamentos de los militares concedo en estos términos: *El privilegio concedido á los militares, de que sea valido su testamento de cualquier modo se hubiere sido hecho, debe entenderse de modo que primeramente conste que ha sido hecho, el testamento, el que tambien puede hacerse sin escrito y por los no militares. Si pues militar de cuyos bienes se disputa ante tí, despues convocados algunos con el objeto de declarar su voluntad, ha hablado de modo que haya manifestado quien quiere que sea su eredero, y á quien quiere dar libertad, puede parecer que a testado de este modo sin escrito, y su voluntad debe tenerse por válida* (a). *Con todo, si como acontece muchas veces n la conversacion hubiere dicho alguno: yo te hago heredero, ó te dejo mis bienes, no debe observarse este como á testamento, y á nadie mas que aquellos mismos á quienes se a concedido este privilegio interesa que no se admitan semejantes ejemplares; de otra suerte fácilmente despues de la muerte de algun militar se encontrarian testigos que afirmaen que oyeron que dijo alguno que dejaba sus bienes á quien e pareciere, y de este modo se trastornarian las verdaderas voluntades.*

NOTAS.

1. *Et á non militantibus.*) Así tambien se dice en *d. l.* 24. Fabroto lee: *ut á non militantibus quoque*; y de este modo parece haberlo leido tambien los antiguos intérpretes galos que hay en la biblioteca real; lo que no me parece mal, siendo el sentido que del mismo modo que los no militares peden testar por derecho de comun, así pueden hacerlo los militares por derecho privilegiado.

Convocatis hominibus.) A lo menos dos testigos, segun la *l.* 12. *D. de testib.*, sin exigirse la solemnidad de la rogacion que es necesaria por derecho comun, *l.* 21. §. *pen. h. t.*; pues tambien sin ella puede constar de la voluntad del militar, es lo único que se requiere, y por esta razon la voluntad del militar escrita es válida, aunque no haya testigo ninguno, segun la *l.* 1. *in fin. l.* 25. §. 1. *eod.*

COMENTARIO.

1 *En el testamento escrito del militar no se requiere testigo ninguno, pero sí en el nuncupativo.*
2 *Cuántos testigos se exigen en el testamento nuncupativo del militar?*
3 *Si en el testamento del militar es necesaria la rogacion de los testigos?*

Divus Trajanus ita rescripsit) Copiase este mismo rescripto por Florentino en la *l. divus* 24. *h. t.* El sentido del mismo es, que debe observarse como á testamento cualquier voluntad del militar, aun aquella que manifiesta de palabra; pero que primero debe constar que habla sériamente y con intencion de hacer testamento, manifestando que á nadie interesa esto mas que á los mismos militares, para que no se trastorna á su verdadera y última voluntad.

Et á non militantibus quoque.) Gifanio cree que debe leerse esto quitando la negacion, puesto que segun dice es ageno de este lugar tratar de los que no son militares; pero esta razon no es de tanto peso que por ella debamos apartarnos de lo que se lee en todos los códigos; y se confirma por la autoridad de las pandectas florentinas. Hácese mencion de los no militares para probar lo que á estos les está concedido lo que á los militares debe serles lícito, valiéndose de un argumento de paridad, de esta suerte: *Si á los militares les es lícito testar de viva voz* (entiéndese, observando las solemnidades prescritas por el derecho comun en el testamento nuncupativo) *tambien debe ser lícito de los militares testar de dicho modo*; esto es, sin solemnidades; pues por las palabras del rescripto se vé que Trajano fué consultado cerca del testamento de un militar que era impugnado por los herederos ab instentado con el pretexto de que habia sido hecho de viva voz; y así tambien lo leyó Teófilo aunque Gifanio falsamente piensa que lo leyó de otro modo. Fabroto en sus notas á Teófilo prefiere leer, *ut á non militantibus quoque*; lo que me parece conforme. VINN. El sentido, con todo, es el mismo si se conserva la partícula *et*, y así no hay necesidad de correccion ninguna. HEINN.

Convocatis ad hoc hominibus.) De estas palabras de la constitucion han nacido tres cuestiones: una sobre la necesidad de concurrir algun testigo en el testamento del militar; otra acerca de su número, y la tercera acerca de su region. Sobre la primera estoy de acuerdo con Viglio, Cujacio, Hotomono, y Bacovio, quienes distinguen entre si los militares testan nuncupativamente ó por escrito. En el primer caso es necesario que concurran testigos, lo que tambien exije espresamente este párrafo. Y como puede

(a) D. l. 4. tit. 1. P. 6.

de este modo constar la voluntad del militar manifestada de viva voz? En el testamento escrito, empero, aunque no haya concurrido testigo ninguno vale la voluntad del militar, puesto que puede constar de ella por la escritura y letra del mismo testador, que es una prueba legítima, y no se exije nada mas sino que conste la voluntad del militar probada de cualquier modo que sea.

2. Acerca del número de testigos que deben concurrir en el testamento nuncupativo del militar, opino con Teófilo que no basta uno solo, ni se exijen mas de dos (a); aquello porque la constitucion emplea el número plural, y además porque el testimonio de uno solo no es legítimo, el cual se requiere absolutamente en la *l. Lucius* 40. *h. t.*; esto porque el número plural es formado por dos, *l.* 12 *de testib.*; y segun el derecho de gentes único por el que rije el testamento del militar basta el número de dos testigos para la prueba de cualquier acto.

3. Acerca la rogacion de dos testigos que es la tercera cuestion, pienso que no se requiere en el testamento del militar, primero, porque dicha rogacion es una pura solemnidad, y el testamento militar es exento de todas ellas; despues, porque esta es la mas escrupulosa y sutil de todas las solemnidades; y se aparta muchísimo de la simple razon del derecho de gentes, que es la sola regla de los testamentos militares; y finalmente, porque es contradictorio decir que basta la nuda y simple voluntad, y que se requiere la rogacion. Por esta razon, no dudo que es falso lo que Hotomano, insiguiendo á Juan de Platea y á Angelo, dice que el militar no puede hacer testamento sin convocar los testigos y rogarles que le auxilien en dicho acto, y en nada favorecen á Hotomano las palabras de este texto, *convocatis ad hoc hominibus*; puesto que aquí se pone no dispositivamente, sino por via de narracion, y como para declarar con un ejemplo, de qué modo puede constar ciertamente la voluntad del militar declarada de viva voz. Aquí principalmente se trata y únicamente se debe procurar que nadie tome lijeramente una conversacion del militar por su verdadero testamento; pues que muchas veces los hombres acostumbran principalmente si son provocados por alguno, chanceándose, y decir alguna cosa mas bien de burla que deliberadamente; pero cuando por las circunstancias se conoce que el militar ha hablado con seriedad y con intencion de hacer testamento, conforme á esta misma constitucion debe guardarse su voluntad. Y aunque pueda constar mejor esto si se han convocado los testigos especialmente para este objeto, ó estando reunidos por otra causa se les ha advertido; con todo, consta tambien que puede testar sin esta rogacion ó advertencia formal. ¿Qué diremos, pues, si el militar tal vez la víspera del combate, hallándose en su tienda en compañía de alguno de sus camaradas hubiere dicho: *nombro á Ticio por mi heredero, y quiero que seais testigos de esto?* Cierto que en este caso nada mas se requiere ó puede requerirse, segun el derecho de gentes, que la declaracion de los testigos. Finalmente, si los paganos están exentos de la necesidad de la rogacion de los testigos en los codicilos, *l. ult. in fin. C. de codicill.*; ¿cuánto mas no lo estarán los militares que ni están sujetos á aquellas leyes que deben observarse segun el derecho civil en los codicilos?

Plerumque sermonibus fieri solet). Por ejemplo, en los convites, tertulias ó reuniones familiares, en las que algunas veces hablamos lijeramente y nos burlamos mas bien que no obramos ó hablamos con seriedad. Malamente, pues, deduce de aquí Hotomano que el que sea válido y se observe como á testamento lo que declara el militar, no tanto pende de la voluntad de este manifestada sériamente delante de testigos, como de la convocacion de estos y de su declaracion, puesto que de ahí tan solo se deduce que no cualquier palabra del militar, y en cualquier lugar en que se haya pronunciado delante de alguno debe desde luego tenerse por testamento, sino que debe atenderse á las circunstancias, no debiendo ser válido lo que dijo, sino en el caso que de las mismas apareciere que tuvo el militar intencion de hacer testamento; y esto podrá tambien constar sin la rogacion de los testigos; pues aquellos que falsamente deponen acerca su presencia deponen tambien del mismo modo de su llamamiento y rogacion.

Vera judicia subverentur). Por esta razon se reprende á Domiciano justamente porque confiscaba las herencias agenas, con tal que hubiese uno que dijese haber oido del difunto mientras vivia que instituia por heredero al César, Sueton, *in Domitiano* c. 12. Los buenos príncipes nunca admitieron la herencia en virtud de la simple palabra de alguno, *l. ult. qui test. fac. l. pen. de hær. inst. l. res quæ* 22. §. 2. *de jur. fisc.* §. *ult. inf. quib. mod. test. inf*

(a) D. i. L.

TEXTO.

De surdo et muto.

1. Quinimmo et mutus et surdus miles testamentum facere potest.

TRADUCCION.

Del sordo y del mudo.

Tambien el militar mudo y sordo puede hacer testamento.

COMENTARIO.

1. *Los sordos y mudos de nacimiento no pueden ser inscritos en la milicia.*
2. *Aquel que es sordo y mudo de nacimiento no tiene facultad de testar.*
3. *Aquellos que son sordos y mudos por algun accidente no pueden testar, á no ser que sepan escribir.*
4. *Adviértese la neglijencia de los compositores.*

Los antiguos intérpretes Fabro, Porcio y Aretino entendieron malamente este párrafo del soldado que era sordo y mudo por naturaleza, pues siendo permitido á los paganos que no son mudos ni sordos de nacimiento, sino á quienes una enfermedad que les sobrevino les quitó la voz, y les privó del oido, el testar con tal que aquellos á quienes esto aconteció sepan escribir, *l.* 10. *C. qui test. fac.*, pensaron que aquí se concedia á los militares por un derecho singular, lo que por derecho comun estaba prohibido á los otros; á saber; que pueden los militares mudos y sordos de nacimiento testar en virtud de su privilegio, de modo que declaren su voluntad por signos, los que, dicen, pueden entenderse por aquellos que viven familiarmente con el mudo y sordo. Pero ya Viglio y otros intérpretes de un siglo mas ilustrado observaron que los mudos y sordos por nacimiento no podian ser inscritos en la milicia, puesto que ni podian prestar el juramento, ni oir la voz del jefe, ni recibir ó dar la contraseña; y prueba de esto es tambien que los soldados que tienen semejante desgracia suelen por ello ser licenciados como inútiles, *l.* 4. *h. t.*

2. No es menos absurdo lo que piensan que aquel que por naturaleza es sordo ó mudo puede hacer testamento, pues lo que dicen de los signos es una fábula; y pregunto ¿con qué señales, aquel que no puede oir ni hablar naturalmente puede esplicar á otro su voluntad acerca de lo que quiere que se haga despues de su muerte, cuando segun confiesa el mismo Fabro ignora qué cosa sea testamento? Y así es que Fabro reputa esto un prodigio; pero yo lo considero un imposible, pues que lo que la naturaleza niega, no puede concederse por un beneficio de los príncipes. Habiendo esto advertido Jason *in add. ad Porc.* piensa que este párrafo rechazando el ejemplo comun, debe entenderse de aquellos soldados que por un accidente, por ejemplo, por una herida ó enfermedad contraida en la milicia perdieron la facultad de hablar y oir. Y como á los paganos vueltos mudos y sordos por un accidente les está permitido testar, con tal que sepan escribir *d. l. discretis* 10. *C. qui test. fac.* piensa que el privilegio de los militares que tienen este defecto consiste en que aunque no sepan escribir pueden testar y señalar su heredero por señales ó signos, de cuya opinion es tambien Canciuncula. Pero aquel que no sabe escribir ¿con qué señales manifestará ciertamente, (pues esto es enteramente necesario segun la constitucion de Trajano) su última voluntad? En ninguna parte se dice que pueda ningun hombre testar por medio de signos, y así no debe esto admitirse, pues no habiendo signo ninguno idóneo para manifestar ciertamente á otro la última voluntad en una cosa de tanto momento deberia darse crédito á la habilidad de algun hombre ignorante que interpreta lijeramente á su arbitrio semejantes signos. Pensaron otros que no se pone aquí ningun nuevo privilegio, sino que tan solo se hace extensivo aquel de que se ha hablado anteriormente á los militares que se han vuelto mudos y sordos; de modo que les sea licito hacer testamento sin las solemnidades de derecho comun *d. l.* 4. *h. t.* antes de recibir la licencia causal, estando aun alistados en la milicia, para que alguno no pensase tal vez que el defecto del oido ó de la palabra debe suplirse con las solemnidades del derecho, ó que porque por este defecto debe ser luego licenciado no puede hacer uso de su privilegio.

4. Con todo, es evidente que en este lugar se concede un nuevo privilegio, que no solo pertenece á la forma y dispensacion de las solemnidades, sino tambien á las personas de los militares y á la facultad de testar. En cuanto á mí, pienso que se ha faltado aquí por la neglijencia de los compiladores. Es cierto que antiguamente un pagano mudo ó sordo no podia testar, á no ser que hubiese impetrado del príncipe la facultad especial de hacerlo, *l.* 7. *qui test. fac.* y que el militar mudo y sordo pudo hacerlo sin concesion ninguna en virtud del privilegio

militar, *l. 4. h. t.* Tambien creo que es cierto que un pagano sordo y mudo de nacimiento, ó por un accidente, pero que no sabia escribir, jamás pudo conseguir esto por una gracia especial, por cuanto ni podia pedirlo, ni tampoco el militar en un caso semejante tuvo esta facultad en virtud del privilegio. Justiniano fué el primero que en una ley general concedió la facultad de testar á los sordos y á los mudos excepto á aquellos que dije hace poco (a), *d. l. discretis* 10. *C. qui test. fac.*; y desde entonces, empezando ya á tener este derecho tambien los paganos, no debió como antiguamente referirse ya entre los privilegios militares. Apareciendo, sin embargo, que se ha hecho esto en este lugar por los compositores no debieron al copiar este párrafo de la respuesta de Ulpiano en *d. l. 4.*, ó de la de otro antiguo jurisconsulto acordarse de la constitucion de Justiniano, la que ya habia salido á luz segun aparece por la fecha. Equivócase Bacovio al pensar que fué insertada en el primer código, cuando fué dada á luz por primera vez dos años despues de la edicion del mismo; esto es, el primer año despues del consulado de Lampadio y Orestes. VINN. Muchas veces reprende nuestro Vinnio con razon á los compiladores; pero en algunos casos sin justicia. Pueden los paganos sordos y mudos hacer testamento si no tienen mas que uno de estos dos defectos: los militares pueden hacerlo aunque tengan entrambos, con tal que entiendan lo que hacen: aquellos pueden testar únicamente por escrito; estos tambien por señales. ¿Y qué duda hay en que el militar, habiendo perdido el uso de la palabra y del oido puede manifestar con señales evidentísimas á sus camaradas presentes qué cosas quiere dejar y á quiénes quiere dejarlas si tiene libre el uso de la razon? Finalmente, tampóco se requiere que digamos que este privilegio está concedido á los militares heridos, muertos antes de concedida la licencia; pues nada impide que esta cuestion pueda tener lugar si el militar habiendo testado durante el peligro, consigue la licencia, y poco despues muere de resultas de la herida. HEIN.

« En España si algun mudo supiere leer, « pero no escribir, podrá conseguir del Rey « facultad para testar, pudiéndose valer de « un tercero que escriba en su lugar el tes« tamento, *L. 15. tit. 1. P. 6. vers.* Mas. *y « sig. N. 7.* »

L. 13. tit. 1. P. 6.

TEXTO.

De militibus et veteranis.

3. Sed hactenus hoc illis à Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militent, et in castris degunt. Post missionem verò veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tamtùm valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? An quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.

TRADUCCION.

De los militares y de los veteranos.

Esto se les concede, empero, por las constituciones de los príncipes mientras militan, y están en campaña; para los veteranos despues de la licencia y los otros fuera de la campaña, si hicieren testamento estando aun en el servicio, deben de hacerlo conforme al derecho comun á todos los ciudadanos romanos. Y el testamento que hubiere hecho en campaña no segun el derecho comun sino como hubiere querido, solo subsiste un año despues de la licencia. Qué sucederá, pues, si uno hubiese muerto dentro del año, pero la condicion impuesta al heredero no existe hasta despues de pasado este? Valdrá el testamento como de un militar? Y se ha dispuesto que valga como que fuese de un militar.

NOTAS.

3. *Veterani*). Esto es, aquellos que despues de cumplido el tiempo de su empeño han conseguido una justa licencia, *l. 2. De veteran. l. 1. C. de exc. vet.*

COMENTARIO.

1. *Se equivocan tanto aquellos que piensan que este párrafo solo se refiere á los soldados sordos y mudos licenciados del servicio como aquellos que niegan que de ningun modo se refiera á los mismos.*
2. *Si y de qué modo los soldados condenados á muerte retienen la facultad de testar por derecho privilegiado?*
3. *Si pertenecen aquí aquellos que dejan de militar por recibir sucesor en su cargo?*

1. No hay razon ninguna què nos induzca á dudar si este párrafo debe enlazarse con el superior, y referirse únicamente á los soldados mudos y sordos, ó en general á todos los licenciados del servicio; pues que hay mas justa causa de dudar acerca el mudo y sordo, en razon de la incertidumbre de su voluntad, que no de los demás, y hablan cuantos lugares se encuentran acerca de esto en las pandectas, en general de todos los

que consiguieron la licencia honrosa ó causal, *l.* 21, *l.* 26. *l.* 38. *h. t.*; y no es absurdo y supérfluo repetir lo que se ha dicho ya una vez si se hace con objeto de dar á entender otra cosa diferente, como sucede en este lugar. Hay por el contrario quien piensa que lo que aquí se dice no se refiere á los militares mudos ó sordos licenciados ó fuera de la campaña, sino que estos aun despues de la licencia ó viviendo en otra parte conservan la facultad de testar por derecho privilejiado; y como un error induce siempre á otros muchos, de ahí vino el creer que los militares mudos y sordos ya de nacimiento, ó ya por un accidente, que no saben escribir, pueden testar segun el derecho militar; los cuales si fueren licenciados no de otro modo podrán hacer testamento, que por derecho comun. Nosotros negamos que puedan testar de modo ninguno; porque ni por derecho comun pueden verificarlo, *l. discretis* 10. *C. qui test. fac.*; y esto es lo mas cierto, siendo falso el que puedan semejantes mudos y sordos testar por derecho militar, como extensamente probamos en el párrafo precedente.

2. *Post misionem vero*). A esto parece oponerse el que tambien aquel militar que está condenado á muerte tiene facultad de testar por derecho privilejiado, *l. ex militari* 11. *h. t.*, á pesar de que debe considerarse como licenciado y degradado. Varias son las respuestas que pueden darse á esto; pues en primer lugar el militar condenado á muerte no conserva la facultad de testar, á no ser que espresamente se le hubiese reservado en la sentencia, *l. si quis* 22. §. 1. *de legat.* 30.; ó hubiere pedido y conseguido que le sea lícito testar por derecho privilejiado, *l. cum hic.* 32. §. *si miles* 8. *de donat. int. vir. et uxor. l.* 6. §. *sed et si* 6. *de injust. rupt. irr. test.* Por otra parte, no la conserva tampoco aquel militar que fué condenado á muerte por un delito comun, sino tan solo el que lo fué por un delito militar, *dd ll.* y *l.* 1. *de vet. et mil. success.*; y no por cualquiera, pues que no la conserva aquel que fué condenado por haber quebrantado el juramento, *d. l.* 11. *h. t.*, sino tan solo el que cometió algun delito mas leve; pues hay en la milicia muchos delitos leves, que sin embargo se castigan con la pena capital, exijiéndolo así el rigor de la disciplina militar. Finalmente, la facultad de testar solo se les concede acerca de los bienes castrenses, los que no los vindica el fisco, sino que pertenecen ab intestado á los próximos parientes, *d. l.* 1. *et l.* 2. *de vet. et mil. succ.*; y siendo permitido á cualquiera excluir á estos de su sucesion haciendo testamento, debe tambien en el caso propuesto permitirse esto al militar.

In annum, etc.) El testamento hecho en campaña por derecho privilejiado subsiste hasta un año despues de conseguida la licencia, ó hasta que existe la condicion de la institucion, *l.* 21. *l. testamenta* 26. *l. quod dicitur* 38. *h. t.* Acerca del espacio de un año se dá la razon de que todos los privilejios concedidos á los ausentes por causa de la república, entre los cuales se cuentan tambien los militares, subsisten hasta un año despues de la vuelta, §. *item.* 2. *sup. de exc. tut.* Acerca la condicion se dice que siempre y cuando existe la condicion se retrotrae y se considera lo mismo que si se hubiese hecho la institucion puramente desde un principio, *l. si pupillus* 26. *de cond. inst. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign. l.* 8. *de per. com. rei vind.* Con todo, aquí se entiende la licencia honrosa que se concede despues de concluido el tiempo del servicio ó la causal que se concede por causa de enfermedad, pues que los testamentos de aquellos que son despedidos ignominiosamente del servicio dejan inmediatamente de valer por derecho militar, *d. l. testamenta* 26. *h. t.*; véase acerca de esto la *l.* 1. §. 2. *de his qui not. infam.* Lipsio, *in lib.* 1. *annal.*

3. Pregúntase si lo que aquí se dice pertenece tambien á aquellos que dejan de servir, no por recibir la licencia, sino porque se les dá sucesor; tales como son los generales de ejército, los tribunos de las cohortes ó lejiones, y tambien los prefectos; puesto que todos estos es sabido que pueden testar por derecho militar, mientras que mandan el ejército, las lejiones ó cohortes, *l. tribunus* 20. *l. Titius* 25. *h. t. l.* 4. *C. eod.* Africano responde á esto diciendo que no pertenecen aquí, sino que los testamentos de los mismos hechos por derecho militar dejan de subsistir desde el momento que recibieron sucesor, *d. l.* 21. *h. t.* Y dice que no pertenecen por las mismas palabras de la constitucion, las que hablan de los licenciados, no de aquellos á quienes se dá sucesor. Pero, y ¿qué se nos dirá si nosotros intentamos probar con Cujacio en *d. l. tract.* 4. *ad African.* que semejante beneficio les corresponde tambien segun el espíritu de dichas constituciones? ¿Y por qué deberian mirar tan solo las palabras materiales de la ley? ¿ni qué diferencia hay en el caso propuesto entre que uno reciba la licencia ó un sucesor? Ciertamente, Ulpiano no duda que el edicto de aquellos que son declarados infames y que habla de los licenciados debe hacerse es

tensivo á aquellos á quienes se dá sucesor. *d. l. 2. §. 2. de his qui not. infam.*

TEXTO.

Si testamentum factum ante militiam.

1. Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus, et in expeditione degens resignavit illud, et quædam adjecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis; dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.

TRADUCCION.

Si hubiere hecho testamento antes de la milicia.

Si uno hubiere hecho no conforme á derecho un testamento antes de la milicia, y despues de haber entrado en ésta, y estando en la expedicion rompió su sello, y añadió ó quitó algo, ó de otro modo se manifestó la voluntad del militar de que quiere que valga, deberá decirse que vale dicho testamento como en virtud de la nueva voluntad del militar.

NOTAS.

1. *Ante militiam*). Esto es, un testamento que hizo siendo aun pagano, sin observar lo prescrito por el derecho comun.

Resignavit). Está verbo quiere decir abrir, ó romper los sellos, *l. 1. §. 36. de post. leg. G. testamen. quem ap.*

Manifesta militis voluntas). Asi pues, siempre es necesario que despues de haber entrado en el servicio, y estando en la espedicion sea declarada su voluntad con una nueva manifestacion; de otro modo semejante testamento no pertenecerá al privilegio militar, *l. 9. §. 1. l. 20. §. 1. l. 25. h. t.* Ni obsta la *l. 15. §. 2. eod.* en que se dice, *si la voluntad del militar no fuere contraria*; pues esto debe entenderse como que el jurisconsulto hubiese dicho, *si la voluntad del militar que despues se ha seguido no es contraria á la primera, sino que la confirma.*

COMENTARIO.

1. *El testamento malamente hecho por el pagano se confirma por derecho de la milicia, si el mismo, entrado despues en el servicio, y estando en campaña, hubiese confirmado su primera voluntad con una nueva declaracion.*
2. *Si no hubiese intervenido ninguna nueva declaracion de la voluntad, dicho testamento no pertenecerá á los privilegios de los militares.*
3. *Concíliase á Ulpiano consigo mismo y con otros.*

TEXTO.

1. Hé aquí otro privilegio militar referente á la confirmacion de un testamento sin las solemnidades prescritas antes de la milicia; el que es en estos términos. Si uno siendo pagano hubiese hecho testamento sin las solemnidades prescritas por derecho comun y habiendo despues entrado en el servicio, y estando en campaña hubiese declarado de palabra ó por algun hecho que quiere que valga dicho testamento, valdrá en virtud de la nueva voluntad del militar, y así parecerá haber testado por referencia. Es esto, empero, una consecuencia de lo anterior; pues siendo permitido al militar hacer testamento por su nuda voluntad, tambien debe permitírsele que confirme con la nuda voluntad un testamento que hizo antes de la milicia; puesto que esta voluntad del militar es testamento, *l. 1. in fin. pr. l. in fraudem 15. §. 2. h. t.*

2. *Resignavit illud, et quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta, etc.*) Al paso que para la confirmacion del testamento que uno hizo antes de la milicia sin las solemnidades prescritas no se requiere otra cosa sino que despues de entrado en el servicio estando en campaña haya querido que valga, es por otra parte necesario que declare esto con alguna nueva prueba de su voluntad; pues siempre exijimos dos cosas en todo testamento militar; á saber, que conste de la voluntad de este, y que haya testado durante la espedicion. Pero en el caso propuesto no puede decirse que conste de la voluntad del militar si no hubiese intervenido una nueva declaracion, pues entonces mas bien debe pensarse que quiso que la primera voluntad, que sabia que era nula, subsistiese siendo tal. Ni puede decirse que haya testado durante la espedicion aquel que nada ha hecho ni dicho que pueda referirse á la confirmacion de su primera voluntad. Con todo, no se requiere precisamente que el militar declare de palabra su última voluntad, sino que basta que la dé á entender por medio de alguna cosa ó hecho del que pueda fácilmente deducirse, tal como si hubiese abierto el sello del testamento y leídolo, ó de nuevo vuelto á sellarlo, ó si hubiese añadido ó quitado algo al mismo, ó lo hubiese corregido; pues se exije absolutamente algun hecho de esta clase, como lo demuestra claramente este párrafo y mas aun el jurisconsulto en la *l. tribunus 20. §. 1. eod.* al decir expresamente que si no hubiese intervenido ninguna de las cosas que hemos dicho el testamento no podrá pertenecer á la clase de los privilegiados. Y semejante á esto es lo que se dice tambien en la *l. quod dicitur* [illegible] *§. 1. in fin. eod. l. 3. §. 4. de jur.* [illegible] Acerca de esto hay un lugar clarísimo

celo en la l. 1. *Filius* 25. *h. t.*, en donde *El testamento que Ticio habia hecho el tribunal si no se probase que ha he- ó dicho algo posteriormente pertenece erecho comun; pues por las constitu- es de los príncipes no se confirman los amentos de los militares, sino los que sido hechos por estos*. ¿Cómo es, pues, nos detenemos en una cosa tan clara? . A causa de la respuesta de Ulpiano que ncuentra en la *l. fraudem* 24. §. 2. *eod.*, concebida en estos términos: *El testa- nto hecho por el militar antes de la mili- , si hubiere él mismo muerto durante , vale por derecho militar, si no fuere traria la voluntad del militar, segun dis- o el emperador Pio*. Hé aquí que no exi- l jurisconsulto una nueva declaracion de voluntad, sino tan solo que no se haya nido una voluntad contraria; lo que tam- n sucede cuando no se ha seguido abso- amente ninguna. ¿Por ventura diremos que jurisconsulto no habla de aquel que sien- pagano hizo testamento, sino del militar e testó antes de la milicia? Así lo piensan glosa, Fabroto y otros; pero yo no se tender ni comprender como puede decirse e el militar haya hecho testamento antes la milicia, á no ser que entendamos por ilitar al que lo es ahora y que al tiempo hacerse el testamento era pagano; ni uellas palabras de Ulpiano del testamento cho por el militar antes de la milicia de- n ni pueden entenderse de otro modo que hubiese dicho el testamento hecho por el litar antes de serlo, ó siendo aun pagano, yas palabras emplea tambien el mismo risconsulto refiriendo este rescripto del perador Pio en la *l.* 1. §. 9. *eod.* Habien- advertido esto Francisco Hotomano dijo e habia aquí una contradiccion y le sigue o; ¿pero si aquí decimos que hay una adiccion en dónde dejará de haberla? ugares hay en los que hay mayor con- ccion con otros que no en el de Ulpia- n los que antes alegamos. Confiesa Ho- no que Juliano, Marcelo, Paulo y hasta smo Justiniano exijen en este lugar una a de la voluntad reciente y una mani- confirmacion de la primera; pero dice sto se observaba antiguamente, y que iormente se dispuso por el emperador e se confirmase por el solo silencio que manifiesta así la perseverancia de luntad que es lo que dice aquí Ulpiano; cuya causa reprende tambien á Justi- , porque contra lo que nos dijo en el nio introdujo aquí un derecho desusa- i solo no hubiese dicho esto por Juliano que fué mas antiguo que los otros podia aparecer que tiene algun viso de razon lo que dice Hotomano: empero afirmándolo el mismo Marcelo que fué consejero del empe- rador Pio, segun Capitolino, y despues de él Paulo que fué asesor de Papiniano y Ul- piano colega del mismo, segun Lampridio *in Alexand.*, no hay razon ninguna en que pueda fundarse la opinion de Hotomano; pues seria fuera de razon decir que ignora- se dicho jurisconsulto el derecho establecido por el emperador Pio, ó que respondiese contra una espresa constitucion del príncipe. Y por otra parte, el mismo Ulpiano en la *l.* 9. §. 1. *h. t.* exije espresamente en este acto la expresa confirmacion de la primera volun- tad, y esto segun el mismo dice conforme al rescripto del emperador Pio; pues dice que el testamento hecho por un pagano, que entró despues en el servicio, vale por dere- cho militar, si despues de hecho militar quiere que valga como está dispuesto por el emperador Pio. ¿Y no es lo mismo esto que si hubiese dicho que en el caso en que des- pues de hecho militar hubiese manifestado con algun indicio su nueva voluntad de que- rer que valiese? Ciertamente, las palabras del jurisconsulto son demasiado significati- vas para que puedan entenderse del simple silencio ó de la voluntad no manifestada. Es- te es, empero, el mismo rescripto y el mis- mo autor de que hace mencion en *d. l. frau- dem* 15. §. 2. *eod.*, de modo que por esta causa debe ser igual el sentido en entrambas partes, aunque sean diferentes las palabras. Y al decir esto queremos manifestar que es uno mismo el sentido de las palabras de *d. l.* 15. §. *si no fuese contraria la voluntad del militar*, que el de las de *d. l.* 9. §. 1. *si el militar quiso mas bien esto*; pues que cons- ta que han sido proferidas por un mismo autor para dar á entender una misma cosa. El jurisconsulto en *d. l.* 15. §. 2. sintió mas de lo que dijo; lo que siendo manifiesto, ya por otros lugares, ya por *d. l.* 9. §. 1.; ¿por qué disputamos sobre estas palabras que por otra parte son ambiguas, y pueden tambien entenderse de modo que signifiquen, no que se exije una nueva voluntad, sino que se exije á lo menos algo que lejos de ser con- trario á la primera la confirme? Por esta razon, me admira que Hotomano y Matco, varones por otra parte consumados, dijesen con tanta lijereza, que aquellos que dicen que Ulpiano en el caso propuesto concuerda consigo mismo y con los demás, están mas deseosos de disputa que de buscar la ver- dad.

TEXTO.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. Denique et si in adrogationem datus fuerit miles; vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet; nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

TRADUCCION.

Si fuere arrogado ó emancipado.

Finalmente, si el militar fuese dado en arrogacion, ó el hijo de familias emancipado, vale su testamento como en virtud de una nueva voluntad del militar, ni parece que se haga irrito por la capitis diminucion.

NOTAS.

5. *Quasi ex nova militis voluntate*). *L.* 22. *eod.*, de modo que despues de la capitis diminucion se considera repetida la voluntad, pues por derecho comun se exije una nueva declaracion de la misma; *l.* 11. §. 2. *sec. tab.*

COMENTARIO.

Por derecho comun se invalida el testamento por la capitis diminucion mínima del testador; por ejemplo, si se hubiese dado en arrogacion, §. 4. *inf. quibus modis test. inf.*; mas no sucede asi por derecho militar, sino que si el hijo de familias militar fuese dado por el padre en adopcion, ó fuese emancipado vale su testamento, y no se invalida por la capitis diminucion, *l. miles* 22. *et. l. seq. h. t.* Para que, empero, tenga lugar esta cuestion es preciso que el testamento se suponga hecho acerca de los bienes castrenses, pues que el hijo de familias no puede testar de otros; y el padre de familias aunque pueda verificarlo, con todo, si lo hubiese hecho de todos los bienes, se invalida semejante testamento por su arrogacion, puesto que el padre arrogador adquiere todo lo que no forma parte del peculio castrense; por cuya causa ya el jurisconsulto en la *l.* 23. *h. t.* hizo mencion espresa del militar que hizo testamento solo de los bienes castrenses. Pero aunque lo que se dice en este lugar y en *d. l.* 22., y en la *l. sig.* se encuentra entre los privilejios militares, con todo, posteriormente prescindiendo de las sutilezas del derecho parece haberse hecho estensivo á los veteranos que testan por derecho comun acerca los bienes castrenses, *l.* 1. §. *exigit.* 8. *de bon. possess. sec. tab.* *l.* 6. §. *ult. de injust. reput. testament.*

«Por lo que hace á España véase lo que decimos mas abajo en el §. 4. *del tit.* 17.»

TEXTO.

De peculio quasi castrensi filiisfam. testari permissum, sed jure communi.

6. Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quam principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, et horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra constitutio id latius extendens permiserit omnibus, in hujuscemodi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent ignorare.

TRADUCCION.

Permítese al hijo de familia testar del peculio cuasi castrense pero conforme al derecho comun.

Debe, con todo, saberse que habiéndose por la anterior ley y por las constituciones de los príncipes concedido á ejemplo del peculio castrense á algunos uno de cuasi castrense, y permitido á algunos de estos el hacer testamento aunque estuviesen bajo potestad, nuestra constitucion, ampliando mas esto, permitió á aquellos el testar de semejante peculio, pero por derecho comun, y atendido el tenor de dicha constitucion no debemos ignorar nada de lo que pertenece al referido derecho.

NOTAS.

6. *Nostra constitutio*). *D. l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. fac.*

COMENTARIO.

Mas arriba en el §. 1. *per quas pers. cuiq. acq.* se ha tratado de la diferencia y cualidad del peculio de los hijos de familia, aquí tan solo se dice algo sobre el mismo peculio, que á ejemplo del castrense se concedió á los hijos de familia, antiguamente á algunos de ellos tan solo con facultad de poder testar, y por Justiniano á todos con la misma, *l. ult. C. de inoff. test, l. ult. qui test. fac.*

Anteriores leges). Conforme con Cujacio entiendo que se habla aquí de las pandectas, pues lo que se contiene en las leyes acerca de este peculio cuasi castrense no es de una ley promulgada por el pueblo, sino de las constituciones, segun lo prueba que el peculio castrense, á cuya semejanza se introdujo el cuasi castrense, proviene de las constituciones. Y en las pandectas no solo una vez ó á lo mas dos como falsamente piensa

ninguno se hace mencion del peculio cuasi castrense, sino muchas, como en la *l. 1. §. in filiis. 6, ad senat. Treb. l. 3. §. deni 5. de bon. poss. l. 1. §. nec castrense. 15. de collat. l. filius fam. 7. §. ult. de donat.* VIII. Muy bien niega Vinnio que el peculio cuasi castrense traiga su orijen de una ley dada durante la república libre; pero esto tan solo se trata del nombre; pues que este se introdujo á semejanza del peculio castrense; pero en cuanto al efecto tuvo tambien lugar en las virjenes vestales, en los sacerdotes de Júpiter, y en todos los otros que se elejian segun el antiguo rito, Gelio *lib. 1. c. 12.* pues que estos aunque estaban sujetos á la pátria potestad, con todo podian hacer testamento de su peculio, y aun se dice que salian de la pátria potestad, Ulpiano, *frag. tit. X. §. 5.*; pero Gelio añade, *sin la capitis diminucion*, para que no se piense que perdian los derechos de familia. Así pues, siendo este privilejio de los sacerdotes muy semejante al que posteriormente sabemos que se concedió por las constituciones de los príncipes á los hijos de familia en el peculio cuasi castrense, no absurdamente puede pensarse que Triboniano al escribir ó decir estas *leyes anteriores*, ó bien Cayo ú otro cualquiera jurisconsulto antiguo sabedor de las costumbres de la antigua edad, tuvo esto presente. HEIN.

Quam principales constitutiones). Habla aquí de las constituciones de los emperadores mas recientes, algunas de las cuales se encuentran en el último código, *l. velut. 7. C. de assess. l. 4. C. de adv. div. jud. l. un. C. de castr. omn. palat. pec. l. ult. C. de castr. pec. lib. 12.*

Et horum quibusdam). Por ejemplo, á los cónsules, procónsules, legados y presidentes de las provincias, y en general á todos los que ocupaban un lugar eminente en dignidad ó en la administracion; pero respecto de los patronos de las causas, los agentes de negocios, los profesores de artes liberales, los médicos y otros no empleados en tan altas dignidades, aunque adquirian en plena propiedad lo que ganaban en semejantes ocupaciones, de modo que muerto el padre conservaban este peculio en cierto modo castrense; con todo, no podian testar acerca de él, *l. ult. C. de inoff. test.* Por esto se vé que no es de mucha fuerza el argumento con que algunos sostienen que los hijos de familia pueden testar acerca del peculio adventicio cuando les está concedida su plena propiedad, acerca de lo que hablaremos mas estensamente en el título siguiente.

Testari quidem, sed jure communi). *D. l. ult. C. de inoff. test. d. l. ult. C. qui test. fac.* Así pues, los hijos de familia que tienen un peculio cuasi castrense tienen segun la constitucion de Justiniano un derecho igual en un todo al que los hijos de familia veteranos tienen en el peculio castrense; pero no pueden testar por derecho militar, puesto que este privilejio solo está concedido á aquellos que sirven en el ejército y no simplemente, sino en caso que estén ocupados en la espedicion; de modo que es ridículo lo que hacen algunos estendiendo esto á otras especies de milicia, á saber, á la togada ú otras imajinarias, de las que se hace mencion á menudo en los tres últimos libros del código. No hay, empero, diferencia ninguna entre que uno sea soldado de á pié ó de á caballo, y en las armadas todos los marineros y remeros son soldados, *l. un. §. 1. de bon. poss. ex test. mil.*

TITULO DUODÉCIMO

A quienes no está permitido hacer testamento.

CONC. CON EL COD. LIB. 28. TIT. 1. Y CON EL COD. LIB. 6. TIT. 22. (a).

1. *Para que valga el testamento, qué es lo que se requiere en la persona del testador?*
2. *Antiguamente los condenados á muerte perdian la facultad de testar.*
3. *Si por las Novelas se ha derogado este derecho.*

(a) Tit. 1. P. 6. y l. 8. tit. 19. lib. 10. N. R.

Vuelve el emperador á tratar del derecho comun. En el título 10 habló de la forma y modo de testar; ahora pasa á hacerlo de la persona del testador, que es la segunda de aquellas cosas que en la *rub. de d. tit.* dijimos deberse tener en consideracion en todo

testamento. Dos cosas se exijen en la persona del testador; que sea ciudadano romano, lo que indica el primero y segundo capítulo de la ley Falcidia, *l.* 1. *ad leg. Falc.* Asi pues, no pueden hacer testamento los estranjeros, ni los reducidos á condicion de tales como los deportados, *l.* 8. §. 1. *et* 2. *h. t. qui test. fac. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3., ni tampoco los siervos ó cojidos por los enemigos, *d. l.* 8. §. *ult. l. filius famil.* 16. *h. t.* §. *ult. inf. eod.*, ni los dados en rehenes, á no ser que se les permita, *l.* 11. *eod.* (a) Tampoco puede testar aquel que está incierto sobre su estado y condicion, *l.* 14. *et seq. eod. l.* 1. *in pr. de legat.* 3. Lo otro que se exije en la persona del testador es que sea dueño de si mismo, en una palabra, padre de familias, sobre lo que hablaremos luego al principio de este título. Todos los que son padres de familia pueden hacer testamento excepto aquellos que no pueden manifestar ó dar á entender su voluntad con un recto juicio, de los que trataremos en el §. 1. y 3., y algunos otros á quienes la ley por un delito cometido ó por la apostasía ó herejía prohibe expresamente testar, *l. si quis* 18. §. 1. *l. cum lege* 26. *h. t. l.* 3. *C. de apost. tit. l.* 4. *C. de hæret. et manich. l.* 6. *et auth. seq. C. de incest. nupt.*

2. Antiguamente todos los condenados á muerte perdian por la ley expresa la testamentifaccion, puesto que desde el momento que se habia dado la sentencia perdian la libertad y el derecho de ciudad, *d. l.* 8. §. *ult. l.* 6. §. *sed et* 6. *de injust. rupt. test. l.* 12. *l. qui ultimo* 29. *de pen.* Digo *condenados*, pues si uno antes de serlo, aunque despues de la acusacion, y estando en la carcel hubiere muerto valia su testamento, *l.* 9. *h. t.*, como tambien en el caso en que el condenado hubiese interpuesto la apelacion, y durante el tiempo intermedio hubiese testado y muerto, *l.* 13. §. *ult. eod.*

3. Pregúntase, empero, si por las nuevas leyes *Nov.* 17. *c.* 12. *Nov.* 22. *c.* 8. *item.* 134. *c. ult.* de la que se ha sacado la auténtica *sed hodie. C. de don. int. vir. et ux.* y la *auth. bona C. de bon. proscript.* se ha derogado este derecho; pues que por dichas constituciones se quitó la servidumbre de la pena, y los bienes de los condenados á muerte no se confiscan, habiendo hijos ó padres. Con todo, como que se les quitan sus bienes, y se transfieren á sus descendientes ó ascendientes, tampoco parece poder decirse que actualmente puedan testar, Saliceto en *d. l. auth. sed hodie*, Vasq. 3. *contr. illustr.* 90.

(a) L. 10. tit. 1. P. 6.

«En España se permite testar á los pere-
«grinos y estrangeros que viajan, *l.* 2. *tit.* 30.
«*lib.* 1. *Nov. Rec.*, como tambien á los con-
«denados á muerte civil ó natural, *l.* 5. *tit.*
«18. *lib.* 10. *Nov. Rec.* Por condenados á
«muerte civil, empero, no deben entender-
«se aquí aquellos que son reducidos á ser-
«vidumbre como son por ejemplo los liber-
«tos ingratos, *l.* 18. *tit.* 1. *P.* 6., sino tan
«solo aquellos que están condenados perpé-
«tuamente á las minas, ó á las obras públicas,
«ó bien á carcel perpétua, en una palabra,
«aquellos que padecen la capitis diminucion
«média; pero nuestros autores se sirven de
«semejantes ejemplos al expositar *d. l.* 5.
«*Azev.* en la misma *ley* 5. *num.* 2. Gomez
«en la *ley* 4. *de Toro* (que es la misma ley
«5.) *num.* 3. A la verdad, no creemos que
«los siervos puedan testar en nuestra Espa-
«ña, pues pugna este derecho con la con-
«dicion servil; y esta fue la mente de los
«autores de dicha *ley* 5., pues suponen que
«los así condenados tienen bienes de que tes-
«tar cuando dicen; *Puedan testar de sus*
«*bienes*; lo que de ningun modo conviene á
«los siervos. Además, las leyes de las Parti-
«das les prohiben testar, y las correcciones
«nunca han de admitirse sin necesidad. Di-
«chas leyes prohiben tambien testar á los
«condenados por libelos ó canciones infama-
«torias, por herejía ó por traicion, al des-
«memoriado, al pródigo declarado tal, y á
«los arzobispos, obispos, canónigos regula-
«res y demás que viven bajo regla monástica
«aprobada, salvo de los bienes de su propie-
«dad particular, *l.* 11. *tit.* 6. *lib.* 3. *F. R.*
«*L.* 8. *tit.* 21. *P.* 4. *L.* 17. *tit.* 1.»

«En Cataluña pueden tambien testar los
«condenados á muerte, aunque no tenemos
«ley expresa que se lo permita; como tam-
«bien los eclesiásticos seculares segun cos-
«tumbre que de ello hay en toda España
«como dice Don. *tom.* 1. *pág.* 342. contra
«la prohibicion que de ello impone el *cap.*
«7. *extra. de testam.*»

TEXTO.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ei, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, et præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt: quibus de eo, quod in castris acquisiverunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantùm militantibus datum est, tam ex auctoritate Divi Augusti, quàm Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea

vero ex subscriptione divi Hadriani etiam dimissis á militia, id est, veteranis concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerint. Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum, jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus, qui id in castris acquisierit: quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computantur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis, quæ ex sacris constitutionibus et præcipue nostris propter diversas causas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

TRADUCCION.

Del hijo de familias.

No á todos es lícito hacer testamento; pues en primer lugar aquellos que están sujetos á potestad agena no tienen facultad de hacerlo; en tanto que aunque sus padres se la permitan no por ello pueden testar, excepto los que antes numeramos, y principalmente los militares que están en la potestad de sus padres, á los cuales segun las constituciones de los príncipes está permitido hacer testamento acerca de lo que adquirieron en la milicia, cuyo derecho en un principio tan solo se concedió por la autoridad del emperador Augusto y la de Nerva, y tambien por la del óptimo emperador Trajano á los militares; pero posteriormente, por disposicion del emperador Adriano se concedió tambien á los licenciados del servicio, esto es, á los veteranos. Así que, si estos hicieren testamento del peculio castrense, pertenecerá este al que nombraren heredero, pero si murieren intestados, sin dejar ningun descendiente ó hermano, pertenecerá por derecho comun á sus padres. Segun esto, podemos deducir que lo que un militar, que está en la pátria potestad, adquiere en la milicia no puede quitárselo, ni el mismo padre, ni los acreedores de este venderlo ó inquietarlo, de suerte que ni muerto el padre deberá comunicarlo con los hermanos; pues que es propio de aquel que lo adquirió en la milicia; aunque por derecho civil el peculio de todos los que están en la potestad de sus padres se considera en los bienes de estos, del mismo modo que los siervos se cuentan entre los bienes de los señores, excepto aquellos que segun las constituciones imperiales, y principalmente las nuestras no se adquieren por diversas causas. Exceptuados pues estos que tienen peculio castrense ó cuasi castrense, si algun otro hijo de familias hiciere testamento es inútil, aunque muriese despues de haber salido de la potestad.

NOTAS.

Qui in alieno jure subjecti). Los hijos de familia no pueden hacer testamento, *l.* 6. *h. t. l. pen. C. eod.* Antiguamente no podian tampoco hacerlo porque no tenian nada propio, Ulpiano *tit.* 20. §. 9. Actualmente tampoco pueden porque nada tienen propio en pleno derecho como á padres de familia excepto el peculio castrense y cuasi, de los que por esta razon les es permitido testar; pues la facultad de testar por la ley solo está concedida á los padres de familia. *Praeterfamil. uti legassit, etc.* Cic. *ad Herenn. lib.* 1. *n.* 13.

Quamvis parentes permiserint). Esto se dispone así á causa de que la testamentifaccion es de derecho público, *l.* 3. *h. t.* y esto es á causa de que compete tan solo á aquel á quien está concedida por derecho público. De ahí se sigue que ni aun consintiéndolo el padre puede el hijo hacer codicilos ó dejar un legado ó fideicomiso, *l.* 6. §. 3. *de jur. codic. l.* 25. §. 1. *de mort. caus. don.*

Jure communi). Esto es, por derecho hereditario despues de los descendientes y hermanos del muerto ab intestado, como se encuentra en el texto y en la *l.* 3. *pr. l.* 4. *C. de castr. pec. lib.* Por derecho novísimo el padre solo es excluido por los descendientes, mas no por los hermanos, *Nov.* 118. *c.* 2. No debe, pues, admitirse lo que Cujacio, Pacio y Fabrot notan al márjen, *derecho comun*, esto es, por derecho pátrio ó por derecho de peculio, segun el derecho antiguo en la *l.* 2. *de castr. pec.*

Proprium ejus esse). De modo que en dicho peculio hace las veces de padre de familias, *l.* 2. *de S. C. Mac.*; despues se le concedió tambien en el cuasi castrense, *§. ult. tit. sup.*

Quamquam jure civili). Esta oracion es perpleja, aunque la intencion de Justiniano es bastante clara por lo que antecede, y se sigue: véase el comentario.

COMENTARIO.

1. *Porqué los hijos de familia no tienen la testamentifaccion?*
2. *Porqué no pueden testar, ni aun con el consentimiento del padre, siendo así que pueden con el mismo donar por causa de muerte?*
3. *Si el testamento hecho por el hijo de familias se sostiene á lo menos como á donacion por causa de muerte, si se le hubiere añadido la cláusula que valga como á cualquier especie de voluntad.*
4. *Siendo el hijo militar* [illegible] *el peculio castrense en el testamento del código no valdrá, el padre por derecho de peculio sino por derecho de sucesion sucede en cuanto no hubiese descendientes ó hermanos del difunto.*
5. *Qué es lo que tiene de comun el peculio pagano adventicio con el castrense?*
6. *Manifiéstase mas lata y claramente que lo que comunmente se hace, que el hijo de familias no puede testar ni aun de aquellos bienes adventicios en los que el padre no tiene el usufructo.*
7. *Si acerca de los mismos puede el hijo hacer codicilos ó donar por causa de muerte sin consentimiento del padre.*

1. *Qui alieno juri subjecti).* La ley de las doce tablas al conceder á los ciudadanos la libre facultad de testar habla precisa y únicamente de los padres de familia. Encuéntrase entero el capítulo de la ley en el autor á *Herennio lib.* 1. *c.* 13. concebido en estas palabras: *Todo lo que el padre de familias hubiese legado sobre su familia ó sus bienes téngase por ley.* De que los decemviros concedieron espresamente este derecho al padre de familias; esto es, al ciudadano romano que es dueño de sí mismo; se deduce bastante que no quisieron concederlo á los hijos de familia. Por otra parte no hubieran podido sino con mucha ridiculez conceder la facultad de testar á aquellos que nada tenian propio de que poder hacer testaménto; pues es sabido que antiguamente los hijos de familia lo adquirian en pleno derecho todo para el padre en cuya potestad estaban, y esta razon dá tambien Ulpiano *in fragm. tit.* 20. §. *filius fam.* 9., porque no pueden testar los hijos de familia; y la que subsiste hoy dia; pues respecto todo lo que actualmente es propio del hijo de familias, no se considera tal sino padre de familias. El peculio castrense y cuasi castrense se le ha concedido en pleno derecho bajo la cualidad de padre de familias, y hasta en el adventicio hace en cierto modo las veces de tal; pues que de otra suerte no podia tener su propiedad, pugnando con la condicion de hijo de familias el tener nada propio. Sentado, pues, que los hijos de familia no pueden hacer testamento, es consiguiente que no pueden legar ni dejar fideicomisos, ni hacer codicilos; pues que esto tan solo está permitido á aquellos que pueden hacer testamento, *l.* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. *l.* 6. §. *pen. de jur. cod.* (a); teniendo tambien en esto lugar la razon de Ulpiano de que los hijos de familia nada tienen propio.

2. *Quamvis parentes eis permisserint).* *L.* 6. *eod.* Esto tambien se deduce como un corolario de lo anterior; pues este permiso del padre no hace que el hijo de familias empiece á ser padre de familias, y la ley de las doce tablas solo á estos concede la facultad de testar; y aquí viene bien lo que Papiniano escribe en la *l.* 3. *eod.* de que la testamentifaccion no es de derecho privado sino de derecho público; esto es, que el derecho de hacer testamento no se concede á nadie por la autoridad de los particulares sino por el derecho público y las leyes. Añádese á esto que ni el hijo de familias adquiere nada de lo que pueda testar, ó acerca lo que pueda tener heredero, de donde se deduce tambien que ni aun consintiéndolo el padre puede hacer codicilos, legar ó dejar un fideicomiso, pues en ambos casos hay la misma razon.

3. ¿Deberá pues del mismo modo prohibirse al hijo de familias el donar por causa de muerte, aun consintiéndolo el padre? Asi puede parecer; puesto que casi en todo se comparan las donaciones por causa de muerte á las últimas voluntades, §. 1. *exp. de donat. l. ult. C. de mort. ca. don.*; pero con todo, se quiso que pudiera el hijo donar por causa de muerte permitiéndoselo el padre, pues que semejante donacion aunque en muchos casos se considera de la misma naturaleza que las últimas voluntades, en algunos, empero, participa de la de un negocio entre vivos y de la de contrato, *l. senatus* 35. §. 5. *de mort. ca. don.*; y esto principalmente en que para su perfeccion se requiere la entrega ó convencion como con muchas razones manifestamos en *d. l.* 5. §. 1. Así pues, debe considerarse de la misma naturaleza que las convenciones en esto; y así deberá rejirse por la voluntad de los particulares, y considerarse lo propio que si el mismo padre hubiese donado por medio del hijo y se hubiese valido para dicho acto del ministerio de este, *l.* 9. §. 2. *de donat.*; y por esta causa, aunque se tiene en consideracion la persona del hijo en esta donacion, ya para perfeccionarla, ya para invalidarla, pienso con todo tambien el padre puede revocarla, segun opina Bartolo en la *l.* 2. §. 1. *de donat.*; pues de lo que se dice de los testamentos, que no deben estar pendientes de ageno arbitrio, *l. illa constitutio* 32. *de haer. inst.* no debe hacerse extensivo á las donaciones por causa de muerte. No obsta á esto el argumento de Ulpiano en *l.* 1. §. 1. *de tut. et rat. distr.* deduciendo que aquel á quien no está permitido hacer testamento tampoco debe estarle el donar por causa de muerte, pues este argumento solo tiene lugar en el padre de familias que tiene bienes propios y no puede testar por sí mismo y defecto de juicio; como es el pupilo del que habla el jurisconsulto.

4. De ahí se pregunta si el hijo de familias hiciere testamento con consentimiento del padre poniendo la cláusula de que si no vale como á testamento valga como á codicilo ó como cualquiera otra especie de última voluntad, debe en este caso sostenerse la voluntad del hijo á lo menos como donacion por causa de muerte, y vulgarmente se dice que si; puesto que bajo las palabras últi-

(a) L. 1. tit. 9. P. 6. vers. E puede.

ma voluntad viene tambien comprendida la donacion por causa de muerte; y en el caso propuesto aquella cláusula, *y cualquier otra especie de voluntad* no puede tener lugar en otra ninguna que en la donacion por causa de muerte, la que vale siendo hecha con consentimiento del padre como ya se ha demostrado. Así piensa Viglio *hic n.* 10. Clar. §. *donatio quæst.* 6. *n.* 8. VINN. En que los hijos de familia no pudieran testar ni aun permitiéndolo su padre, parece que fueron de peor condicion que los siervos, quienes permitiéndoselo su señor pudieron hacer un cuasi testamento segun nos lo enseña un ejemplo de Plinio *lib.* 8. *epist.* 16. HEIN.

Exceptis iis quos antea enumeravimus). A saber, aquellos que tienen el peculio castrense y cuasi, pues en estos bienes el hijo de familias tuvo por beneficio del príncipe la testamentifaccion, §. *ult. præc. tit. l. ult. C. de inoff. test. l. pen. et ult. C. h. t. l.* 7. §. *ult. de de donat.*, obrando tambien en cuanto á lo demás en este peculio como padre de familias, *l.* 2. *de sen. Mac. l.* 4. *de judic.*, excepto que muertos sin hacer testamento tambien en él se asemejaban á los hijos de familia, *l.* 2. *de cast. pecul.*, sobre lo que hablaremos con mas latitud.

Quod jus ab initio tantum militantibus, etc.) Refiere el emperador porqué grados se llegó al derecho pleno que tienen los hijos de familia en las cosas castrenses, y atribuye el principio del mismo á Augusto; (Ulpiano a Julio, *l.* 1. *de test mil.*) su progreso á Nerva y á Trajano; (Ulpiano en dicho lugar hace tambien mencion de Tito y Domiciano) y segun aquello de Juvenal *sat. ult. v.* 52.

Solis præterea testandi militibus jus
Vivo patre datur, etc.

aparece que tambien tuvo esto lugar bajo Domiciano; y finalmente su perfeccion á Adriano, pues que aquellos emperadores solo concedieron la facultad de testar acerca de lo que adquirieran en campaña, y de todo lo demás que por ocasion de la milicia habian obtenido, *l.* 11. *de cast. pec.* durante la vida de los padres en cuya potestad están, solo se lo concedieron decimos siendo militares, y Adriano tambien á los veteranos; de modo que lo que antes era tan solo un beneficio propio de los militares, se hizo por el rescripto de Adriano un privilejio de los bienes. Debe hacerse, con todo, la diferencia de que los veteranos no pueden hacer testamento sino por derecho comun, y los militares tambien por el suyo, esto es, por derecho privilejiado. Llamábanse veteranos aquellos que despues de licenciados se mantenian aun bajo las banderas, libres de todo lo demás á no ser de combatir al enemigo, ó tambien aquellos que despues de cumplido el tiempo de su empeño eran licenciados desde luego; véanse los comentarios de Lipsio *in lib.* 1. *Annal Taciti*; en donde se habla de los años de la milicia lejítima

Ad parentes eorum jure communi pertinet). Aunque el padre no tenia derecho ninguno durante la vida del hijo sobre el peculio castrense, y estaba permitido al hijo instituir acerca de él por heredero á quien quisiese; con todo, por largo tiempo se conservó el derecho antiguo al padre, en que muerto el hijo ab intestado volviesen á aquel los bienes por derecho de peculio, siendo en este caso igual la condicion del peculio castrense y del pagano; de modo que ni en uno ni en otro tenia el hijo de familias heredero ab intestado, *l.* 2. *l.* 9. *l.* 14 *de castr. pec.* Con todo, los príncipes derogaron por sus constituciones este derecho, y primeramente concedieron por derecho de herencia los bienes castrenses á los descendientes del militar ó veterano muerto ab intestado, y despues á sus hermanos, y en tercer lugar á sus padres; lo que tambien manifiesta claramente este párrafo; y del mismo tambien se deduce evidentemente que los hijos de familia en los bienes adventicios maternos y de la familia materna, y en las ganancias nupciales tuvieron los mismos herederos ab intestado, *l.* 3. *l.* 4. *C. de bon. quælib. l. ult. C. comm. de success.* apesar de que en dichos bienes tenia mas derecho el padre que en los castrenses. Así pues, lo que dice aquí el emperador que les bienes castrenses de los hijos de familia muertos ab intestado sin dejar hijos ó hermanos pertenecen á los padres por derecho comun, no debe entenderse como lo hacen Cujacio, Hotomano, Pacio, Fabroto y casi todos, como que esto sucede por derecho de peculio segun el derecho antiguo, por el que muerto el hijo el peculio castrense volvia al padre, no como una herencia sino como un peculio, y como proveniente del mismo; sino por derecho de sucesion ó de herencia la que segun las constituciones de los príncipes se defiere en tercer lugar á los padres ab intestado, por un derecho nuevo pero comun. Efectivamente, si debieran dichos bienes volver al padre por derecho de peculio nadie deberia ser preferido al mismo, ni á ningun padre deferirse por derecho hereditario, sino que el padre los ocuparia desde luego como antiguamente como suyos y provenientes del mismo, á no ser que se piense con Viglio

que puede decirse que viviendo los descendientes ó hermanos del difunto se extingue el derecho del padre, y que faltando los mismos se deja íntegro á este su pristino derecho. Las dichas constituciones, empero, no permiten esta interpretacion á causa de que todas hablan del derecho y órden de la sucesion: véase lo que dijimos en el §. *ult. inf. de leg. agn. succ.* Hay, empero, mucha diferencia entre que digamos que estos bienes pertenecen al padre por derecho de peculio ó por derecho hereditario; pues que en aquel caso, muerto el hijo queda *ipso jure* en poder del padre, como que siempre hubiese sido del mismo, y en este caso no puede adquirirse ni transmitirse sin la adicion; en aquel solo está el padre tenido á responder á los acreedores del hijo en cuanto alcance el peculio; en este está tenido por entero á no ser que hubiese hecho inventario, §. 1. *inf. de hær. qual.*; finalmente en aquel excluye á la madre, y en este no. Hoy dia no está fuera de duda habiéndose quitado enteramente esta cuestion; pues consta por la *Nov.* 118., que los bienes de los hijos de familia castrenses, ó paganos adventicios no se defieren al padre por derecho de peculio sino por derecho hereditario; y no en tercer lugar, sino en el segundo, de modo que en union con él es admitida tambien la madre y los hermanos del difunto.

5. *Ex hoc intelligere possumus, etc.*) Pónense aqui algunos otros derechos que tiene el hijo de familias en el peculio castrense; á saber, estos tres: primero, que este peculio es propio del hijo, de modo que el padre no puede quitárselo; segundo, que es una consecuencia del primero, que los acreedores del padre no pueden venderlo ni inquietar de otro modo al hijo; tercero, que muerto el padre el hijo lo tiene para sí y no está tenido á dividirlo con los hermanos, ni á traerlo á colacion. Todo esto y otras muchas cosas tenia tambien lugar segun derecho antiguo; pues segun ya antes se ha dicho el hijo de familias se consideraba en el peculio castrense en todo como á padre de familias. Solo en el caso de morir intestado moria como hijo de familias, *l.* 2. *de sen. Mac. l.* 4. *de judic. l.* 4. *de castr. pec. l.* 2. *eod.* Lo que aqui se dice, empero, antiguamente era propio del peculio castrense; pero hoy dia es tambien comun al pagano adventicio; pues que el padre no puede tampoco actualmente quitar al hijo los bienes adventicios; y lo que antiguamente se observaba en los castrenses que no se comunicasen con los hermanos; *l.* 1. §. *nec castrense* 15. *de collat.* tiene tambien hoy dia lugar en los adventicios; *l. ult. C. eod.* [...] Solo en el peculio profecticio no se ha [...] dado nada, sino que del mismo modo q[...] queda todo del padre, puede tambien q[...] tarlo al hijo; y así muerto el padre debe co[...] municarse con los hermanos, y debe tamb[...] el hijo permitir que los acreedores pa[...] se apoderen de él; pues cuando Ulpiano d[...] ce en la *l.* 3. §. *sed utrum* 4. *in fin. de* [...] *norib.* que si los bienes del padre fue[...] ocupados por el fisco por causa de de[...] debe segun la constitucion de Claudio sep[...] rarse el peculio profecticio del hijo, esto [...] por un especial favor, y porque el princ[...] cuando disminuye el derecho del fisco [...] perjudica á sí; pero no debe quitar á [...] tercero un derecho adquirido, *l.* 2. *de* [...] *qui sui vel al. jur.* y que tal vez se lo d[...] hipotecariamente. El jurisconsulto habla [...] una deuda proveniente de delito por el q[...] se condenó al padre; pues no se funda e[...] ninguna razon lo que piensa Viglio que p[...] causa de delito se apodera el fisco del pe[...] culio; pero no así por causa de deuda: pu[...] ciertamente es mayor la razon para que s[...] separe el peculio del hijo cuando se conden[...] al padre por delito, que cuando el fisco s[...] presenta como un verdadero acreedor; pue[...] to que en la pena no tiene privilejio ningu[...] no sino que es pospuesto á los acreedores, *l.* 21. *l. in summa* 17. *l. quod placuit.* 37. *de jur. fisc. l. un C. de pœn. fiscal. cred præf. lib.* 10. Luego, se dirá, no ha de reconvenirse al fisco en caso de condenado el padre, sino al hijo por la accion de peculio, contra lo que responde el mismo Ulpiano, *l.* 1. §. 4. *quam. act. de pec. ann.* A esto digo que el fisco está tenido tambien por dicha accion; pero solo en caso que el hijo hubiese repudiado el peculio; de otro modo si fuere reconvenido puede escudarse con la excepcion y remitir al hijo á los acreedores.

Quamquam jure civili omnium, qui in potestate). Oscura y confusamente se dice esto. Por derecho civil antiguo el hijo de familias lo adquiria todo para el padre, lo propio que el siervo para el señor, segun se ha dicho en el §. 1. *sup. per. quas. pers.* Augusto fué el primero que exceptuó el peculio castrense, ó mas bien á los militares en dicho peculio. Adriano exceptuó tambien á los veteranos y luego se hizo esto extensivo al peculio cuasi castrense, y con el tiempo tambien al adventicio, principalmente por las constituciones de Justiniano mas no de suerte que enteramente tuviese el hijo el mismo derecho en el peculio adventicio que en el castrense y cuasi castrense, sino que en aquel tuviese el hijo la propiedad, y e[...]

padre el usufructo regularmente hablando, *d.* §. 1. *l. cum pater* 6. *C. de bon. quæ lib.*

Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi). Aunque no solo el peculio castrense y cuasi castrense, sino tambien algunos bienes adventicios del hijo conforme á las constituciones no se adquieren para el padre, y aunque en general Justiniano concede la propiedad de todos los bienes adventicios al hijo; con todo, solo en las dos primeras especies de peculio tiene este la facultad de testar, mas no así en la última. Esto no ofrece dificultad ninguna cuando, segun sucede regularmente, el hijo tiene la nuda propiedad en el peculio adventicio y el padre el usufructo; pero como hay algunos casos en que el hijo tiene la plena y sólida propiedad, se duda si entonces puede testar de dichos bienes. Ya cuando se compusieron las instituciones habia un caso de esta naturaleza; pues en la *l. ult. C. de bon. quæ lib.* dispuso Justiniano que si se hubiese deferido la herencia ó dejado un legado ó fideicomiso al hijo, y el padre no quiere consentir que el hijo ada la herencia, ó acepte lo que se le ha dejado, pudiese el hijo por su propia autoridad hacerlo contra la voluntad del padre; y que por este modo adquiriese totalmente lo que se le ha dejado. Por las novelas se introdujeron muchos casos de estos; pues se mandó que se observase lo mismo en las cosas dadas al hijo de familias con la condicion de que no tenga en ellas el usufructo el padre, y tambien en la herencia del hermano ó de la hermana, á la cual es el padre admitido á una con el hijo, y finalmente en aquellas cosas que se adjudican al hijo cuando el padre se divorcia sin causa, *auth. excipitur cum* 2. *seq. de bon. quæ lib.*

6. **Pregúntase**, pues, si en este caso es permitido al hijo testar del peculio adventicio. Hay algunos que piensan que sí y que Triboniano al escribir esto no se acordó de la *l. ult.* §. *ipsum autem* 5. *vers. filiis autem d. tit.*, en la que Justiniano solo prohibe testar de los bienes adventicios al hijo en el caso en que el padre tenga en ellos el usufructo; deduciendo por el contrario que les es lícito hacerlo en la otra clase de los bienes adventicios. Razonable consecuencia por cierto, si el mismo Justiniano no hubiese despues esplicado claramente su intencion; pues habiéndose ya suscitado esta cuestion en tiempo de Justiniano, y poco despues de dada dicha ley última, el mismo emperador quitó esta duda promulgando una nueva constitucion que es la *l. pen. C. qui test. fac.*, en la que declara que de ningun modo fué su intencion en la constitucion poco hacia promulgada por él mismo permitir el hacer testamento á los hijos de familia acerca los bienes adventicios, ya posean dichos bienes con consentimiento del padre, ya los posean sin él, y por consiguiente ya tenga su propiedad nuda, ó plena, sino que en dichos bienes manda que se observe en todo la antigua ley. Compárense entre sí las dos constituciones, y claramente aparecerá que la una se dió para esplicar la otra, y que *d. l. pen.* se promulgó para desvanecer el error á que habian dado márgen las palabras del §. 5. *d. l. ult.* Y no puede entenderse otra ley por aquella que en *d. l. pen.* dice se habia promulgado, que la en que se encuentra la distincion de que hace mérito y á que se refiere en *d. l. pen.*; á saber, si posee el hijo los bienes con consentimiento del padre ó sin él; pues dicha distincion se encuentra en solo *d. l. ult.*; y no en ninguna otra parte. ¿Pero para qué nos detenemos por mas tiempo en esto? En *d. l. pen.*, niega espresamente al hijo la facultad de testar de los bienes que posee sin consentimiento del padre, cuya propiedad plena habia concedido al hijo en *d. l. ult.* Ni habia entonces ningun otro caso en que el padre no tuviese el usufructo en esta especie de peculio. Añádese á esto que manda que en los testamentos de los hijos se observe en todo la ley antigua, y por ninguna ley antigua se permite al hijo de familias testar, á no ser de los bienes castrenses y cuasi castrenses; ni la concesion de la plena propiedad muda la naturaleza del peculio que solo se considera por el modo de adquirir. Ridículos son aquellos que por la ley antigua entienden una constitucion del mismo Justiniano, y cabalmente la misma que esplica en el *lib. ult. C. de bon. quæ lib.*; pues no puedo, á no ser muy absurdamente, llamar antigua á una ley que en el principio de *d. l. pen.* dice que ha promulgado hace poco; ni tampoco dar semejante nombre á ninguna de sus leyes: puesto que no habia ninguna que tuviese mas de dos ó tres años de antigüedad. Por derecho novísimo, aunque se han concedido en plena propiedad al hijo de familia algunos otros bienes de la misma especie, con todo en ninguna parte leemos que se le haya concedido la facultad de testar de los mismos. En la *Nov.* 117. se permite al hijo disponer de cualquier modo de dichos bienes, pero en el texto griego se dice διοικεῖν *administrar*; lo que no comprende la testamentificacion; y aun sin esto es claro que en dicho lugar solo se habla de la disposicion entre vivos y de la libre administr

de dichos bienes; pues que semejante disposicion solo se permite á aquel que es mayor de edad, esto es, al hijo de familias mayor de veinte y cinco años; de otro modo se manda dársele curadores, á pesar de que el menor de veinte y cinco años que tiene curadores puede hacer testamento despues de los catorce años, *l.* 5. *h. t.* Pero, se dirá, lo que se concede entre vivos con mayoría de razon debe ser lícito en última voluntad, *arg. tit. de leg. Fus. Can. toll.* A esto respondo que esta proposicion no siempre es verdadera; acerca lo que véase á Everbard. *in Top.*; y que solo tiene lugar en este caso presupuesta la capacidad de la persona, capacidad que falta en el hijo de familias. Así tampoco tiene lugar en este el argumento que se saca de la plena propiedad, como que en virtud de esta se entienda haberse concedido todo lo que se permite al padre de familias en una cosa suya, como á su libre moderador y árbitro. Manifiéstase esto porque aunque los hijos de familia abogados, profesores de las artes liberales, etc., tenian antiguamente la plena propiedad del peculio cuasi castrense, sin embargo, no tuvieron antes de Justiniano el derecho de testar acerca de él, §. *ult. præc. tit.* Además, como se ha dicho al principio, la cualidad de hijo de familias impide el poder testar, y el que puede verificarlo en el peculio castrense y cuasi castrense no se funda en que se le haya concedido simplemente la plena propiedad del mismo, sino en que en él se considera como padre de familias, y por lo tanto puede testar acerca del mismo. Nada obsta el que el hijo tenga heredero ab intestado en los bienes adventicios de esta clase, pues que tambien en las otras especies en que solo tiene la nuda propiedad los tiene, y puede tener herederos por la ley, aunque no pueda nombrarlos él mismo, y en el caso de la *Nov.* 22. *c.* 26. deben ponerse términos hábiles del hijo emancipado; de otra suerte se seguiria que tambien el hijo podria testar de aquellos bienes adventicios cuyo usufructo pertenece al padre. Finalmente, no sé ver causa ninguna porqué haya de concederse al hijo de familias facultad de testar en una especie de bienes adventicios y denegársele en otra; pues la sola separacion del usufructo de la propiedad no puede impedir la facultad de testar acerca de este último, *inf. de hær. ins. in pr. l. recte dicimus* 25. *de verb. sign.*; y esta es tambien la comun opinion de los intérpretes.

7. Sentado ya que el hijo de familias no puede hacer testamento de los bienes adventicios puede aun preguntarse si le es permitido á lo menos hacer codicilos acerca de los mismos bienes; puesto que en los mismos tiene herederos ab intestato, los que es sabido que pueden ser gravados con un fideicomiso, §. *præterea* 10. *inf. de fideicomm. hær.*; pero mas bien puede responderse que tampoco puede hacer codicilos por la regla del derecho que aquel que no puede hacer testamento tampoco puede hacer codicilos, *l.* 6. §. *pen. de jur. eod. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. Aquel que la ley nombra por heredero del hijo de familias quiso y en cierto modo le adjudica todos los bienes que dejare despues de la muerte; y además en el efecto no se diferencia mucho el que uno instituya heredero en testamento ó que mande restituir por fideicomiso su herencia á alguno. Con todo, soy de opinion que debe permitirse al hijo hacer donacion por causa de muerte, de los bienes de que tratamos, y que lo que en otros casos le es lícito con consentimiento del padre, *l. tam. is* 25. §. 1. *de mort. ca. don.* debe serle aquí tambien lícito sin consentimiento del mismo, segun lo prueba la *Nov.* 117.; y lo que dijimos en la esplicacion de las palabras *quamvis parentes ejus permisserint.* Disiente de esta opinion Antonio Fabro *decis.* 53. *er.* 6. *et seq.*, en donde dice que ni la donacion por causa de muerte fué concedida al hijo de familias en los bienes castrenses, contra el texto expreso de la *l.* 7. §. *ult. de donat.* Véase á Div. Guil. Mas. *lib.* 6. *sing. opin. c.* 6. *et seq.* en donde de propósito refuta todos los argumentos de Fabro.

Licet suæ potestatis decesserit). *L. si filius fam.* 19. *h. t.* Es una regla general que si uno al tiempo de hacer el testamento no tuviere capacidad para ello, el testamento mismo no valga aunque posteriormente empezare á tener la testamentificacion, §. *seq. leg.* 4. *eod. l.* 1. §. *exigit.* 8. *de bon. possess. sec. tab.*, teniendo aquí lugar tambien la regla catoniana, *l.* 1. *de reg. Cat. l. quod. initio* 29. *de reg. jur.* Los intérpretes comunmente esceptuan dos casos en los que el hijo de familias puede testar tambien de los bienes adventicios, concediéndosele el padre, á saber, cuando deja algo para usos piadosos; y cuando nombra á su hijo por heredero; sosteniéndose en el primer caso la voluntad del hijo en favor de las causas piadosas, y en segundo en favor de los hijos, Tiraquel, *de priv. piæ. caus. c.* 78. Clar. §. *testamentum quæst.* 5. Tulden. *hic. c.* 11.

« En España el hijo de familias que tiene
« la edad competente, puede testar de los
« bienes maternos y adventicios del mismo
« modo que si hubiese sido emancipado por

» su padre, segun lo dispone la *ley* 5. *tit.* 18. » *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (5. *de Toro*) que » corrije la *l.* 13. *tit.* 1. *P.* 6. que mandaba » lo contrario. Acerca el derecho de suceder » ab intestato trataremos en el *lib.* 3. *tit.* 5.

« En Cataluña se sigue el derecho comun; » por lo que, si el hijo no fuere debidamen- » te emancipado no podrá testar, y en caso » que su padre se lo permitiere, solo valdrá » como una donacion *mortis causa* Fonta- » nella, *dec.* 531. *núm.* 25.»

TEXTO.

De impubere et furioso.

1. Præterea testamentum facere non possunt impuberes: quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi; quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, et decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certè eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum rectè factum, neque ullum aliud negotium rectè gestum, póstea furor interveniens perimit.

TRADUCCION.

Del impuber y del furioso.

Tampoco pueden hacer testamento los impúberes, puesto que no tienen ningun juicio del ánimo. Así tampoco los furiosos porque carecen de entendimiento. Ni hace para el caso que el impúber hubiere llegado á la pubertad y muerto despues de ello, ni el furioso despues de haber recobrado el entendimiento. Si, empero, los furiosos hicieren testamento en el tiempo en que el furor les deja parece que han testado conforme á derecho; y ciertamente vale el testamento que han hechos antes de ser furiosos, puesto que el furor que despues sobreviene no invalida un testamento bien hecho, ni ningun otro negocio bien celebrado (a).

NOTAS.

1. *Prœterea*). *L.* 5. *h. t. l.* 19. §. 1. *de capt. et pos.*, *t. l.* Añádense algunos otros segun las *ll.* 8. 9. 10. *y* 11. *D. h. t.*

Postea pubes, etc.) Conforme con la regla Catoniana, como ya dijimos.

Aliud negotium). De suerte que ni el matrimonio se disuelve por sobrevenir el furor, *l.* 8. *his qui sui vel al. jur.*

COMENTARIO.

1. *Los impúberes no pueden hacer testamento, ni aun con la autoridad del tutor.*
2. *Sostiénese el testamento hecho por el furioso durante un lúcido intervalo; y qué sucede en el caso que se dude de esto?*
Por qué razon el furor que sobreviene despues de hecho testamento no lo anula y si la capitis diminucion? Cuándo tiene lugar la regla que dice que lo que se ha celebrado conforme á derecho desde un principio se invalida si recae en aquel caso en el que no podia empezar?

(a) L. 13. tit. 1. P. 6.

1. *Quia nullum eorum animi judicium est*). Entiéndese por impúberes á aquellos que no han llegado aun á los catorce años; esto es, á los que no han llegado al último dia del año decimocuarto. En las mugeres es á los doce años, *l.* 5. *h. t.* Dice que estos no tienen juicio ninguno, esto es, pleno y sólido, tal como se requiere en aquel que piensa disponer en un acto perpétuo de todos sus bienes. ¿Pero no deberá á lo menos permitirse al impúber hacer testamento con autoridad del tutor, como puede con la misma enagenar sus cosas, adir la herencia, pedir la posesion de bienes y celebrar otros muchos actos, aunque requieran un perfecto juicio, de modo que tambien aquí lo que falte al entendimiento del impúber se supla por la prudencia del tutor? De ningun modo, pues los tutores prestan el peligro de otras acciones, y concluida la tutela dan cuenta de ellas á los pupilos ó á sus herederos, pero de esta no pueden darla. Además, los testamentos no deben hacerse por arbitrio ageno, ni lijeramente sino por la prudencia de los mismos testadores, para que lijera é indeliberadamente por las maquinaciones de estraños no se disponga algo en perjuicio de las familias y parientes, y consigan la herencia mas bien los estraños que los cognados, ó mas bien los parientes mas remotos que los mas próximos. Y por otra parte, si á los tutores les permitimos esto, siempre procurarán que sean instituidos herederos aquellos de quienes esperan algun lucro. Los púberes tienen la testamentifaccion desde luego de cumplidos los catorce ó doce años, sin que se requiera ni intervenga en su testamento el consentimiento del curador, *d. l.* 5. *h. t.* Aurelio 20. §. 1. *de lib. leg.*

Item furiosi). Mas arriba en el título de los *cur.* §. 4. manifestamos en qué se diferenciaban los furiosos de los mentecatos; á saber, en que todos los furiosos son mentecatos ó locos; pero no por el contrario todo mentecato es tambien furioso; puesto que se distinguen de estos en que aunque no tienen el entendimiento sano están tranquilos, y no se agitan ni enfurecen como suelen hacerlo los furiosos. Con todo, no hay diferencia ninguna en ningun acto ó negocio entre que uno sea simplemente demente ó que sea

próximo á la demencia ó al furor; y consta que aunque aqui solo se hace mencion de los furiosos pertenece lo que aqui se dice á todos los que carecen de entendimiento, *l.* 2. *l. Titia.* 13. *in fin. de inoff. test.*

2. *Quo furor intermissus est*). El furioso puede hacer testamento en aquel tiempo en que le deja el furor, *l.* 9. *C. h. t.* (a); del mismo modo que tambien en dicho tiempo puede ser testigo, *l. qui testamento* 20. §. 4. *h. t.* Con todo, para que valga el testamento es preciso que se haya hecho á la vez en un solo intervalo, pues si empezado el testamento, y aun no concluido le sobreviniere de nuevo el furor nada se ha hecho, aunque despues vuelto á sosegar perfeccione el testamento empezado, *d. l.* 9. ¿Y qué sucederá en el testamento hecho por un furioso, del que es cierto que tiene lúcidos intervalos pero no consta en qué tiempo lo hizo? En este caso si estuviere hecho de modo que cualquier padre de familias de sano entendimiento lo hubiere dispuesto igual, piensa Viglio y con él soy de la misma opinion que debe responderse en favor del testamento, y creerse que ha sido hecho durante el intervalo. Aqui pertenece lo que Valerio Máximo *lib.* 7. *c.* 8. refiere del testamento de un tal Tuditano que era conocidamente loco, el que dice fué confirmado por los centumviros, quienes creyeron deber atenderse mas á lo que estaba escrito en las tablas que á aquel que lo escribió: véase á Mins. 4. *obs. cent.* 2. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 2. *c.* 1. *num.* 7.

Eo quod ante fecerint testamento valente). *D. l. qui testamento* 20. §. 4. *h. t.* Del mismo modo ni la interdiccion de bienes, ni la pérdida del oido ó de la palabra que despues sobreviniere anula el testamento antes hecho, §§. *seq. l.* 6. §. 1. *l. is cui.* 18. *eod.* Es claro, pues, que en este caso solo se mira al tiempo de hacerse el testamento, bastando que en él tuviere el testador la testamentifaccion, aunque no la tuviere al tiempo de la muerte. Así pues, cuando el jurisconsulto en la *l.* 1. §. *exigit.* 8. *de bon. poss. sec. tab.* dice que el pretor exige que aquel en virtud de cuyo testamento se pide la posesion de bienes haya tenido facultad de testar en entrambos tiempos, al hacer el testamento, y al de la muerte, debemos entender no que no quiera dar la posesion de bienes segun el testamento si el testador no tiene la facultad de testar sino al tiempo de hacer el testamento, sino que no quiere darla si tan solo la tiene al tiempo de la muerte y no al de hacer el testamento, como asi lo manifiestan los ejemplos alli propuestos. Asi se observa en toda mutacion que aconteze quedando á salvo el estado del testador, como son las superiores.

3. Si, empero, tuviere lugar una mudanza por la que el testador sea capitiminuido, por ejemplo, si fuere hecho esclavo, deportado ó arrogado se invalida y anula el testamento; §. 4. *inf. quib. mod. test. inf. l.* 6. §. *irritum* 5. *et seq. de injust. rupt. test.* Y la razon de esto es manifiesta, puesto que de estos modos no solo se pierde la testamentifaccion sino que tambien la condicion de la persona del testador se muda de suerte que absolutamente no puede tener testamento ni heredero. Los furiosos y los pródigos, empero, aunque no puedan hacer testamento nada les impide el que tengan heredero de un testamento hecho con anterioridad, y que su voluntad anterior tenga efecto.

4. *Neque aliud negotium recte gestum*). Lo mismo se dice del matrimonio, *l.* 8. *de his qui sui vel al jur.*; y en cuanto á los demas negocios no debe dudarse que se observa lo propio, ya hubiere enagenado sus cosas antes de volverse furioso, acerca de lo que nadie duda, (pues que los negocios perfectos y enteramente consumados no pueden por ningun caso invalidarse), ya hubiere prometido algo á algun estipulante ó de otro modo se hubiere obligado, aunque en este caso falte algo para la consumacion del negocio, pues esto puede hacerse por medio de curador. Y no en todos los casos tiene lugar el parecer de aquellos que creen que lo que desde un principio se ha obrado bien y útilmente se disuelve cuando recae en aquel caso en que no podia empezar, *l. existimo* 98. *l. pen.* 2. *de verb. obl. l. in ambiqui* 85. §. 1. *de reg. jur.* §. *ex contrario* 14. *inf. de legat.*; sino tan solo cuando el caso que sobreviene impide que lo que se ha empezado pueda perfeccionarse y llegar á su fin, como sucede cuando sobreviene la capitis diminucion del testador sobre lo que nos estenderemos mas en *d.* §. 14.

«En España el testamento solo se invali-
«dará si el testador sufriere la capitis di-
«minucion máxima, mas no si sufriera la
«media ó mínima por lo que poco ha en
«el princ. y rub. de este título dijimos
«hablando de las leyes 3. y 4. *tit.* 18. *lib.*
«10. *Nov. Rec.*»

(a) D. l. 13. en las palabras — *mientras que fuere desmemoriado.*

TEXTO.

De prodigo.

2 Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod ante fecerit, quàm interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.

TRADUCCION.

Del pródigo.

Tampoco el pródigo á quien está prohibida la administracion de sus bienes puede hacer testamento; pero el que hubiere hecho antes de intervenírsele sus bienes es válido (a).

COMENTARIO.

El que prodiga sus bienes sin moderacion ni límites ningunos en poco se diferencia del furioso, y por lo que hace á los bienes se reputa como tal, segun dice el jurisconsulto, *l. his qui* 12. *in fin. de tut. dat. ab. his.*; por cuya causa se dispuso que se prohibiera á semejantes hombres la administracion de sus bienes, con cuya privacion se entiende quitárseles tambien la testamentifaccion, puesto que se cree que no dispondra de lo que quiere que se haga despues de su muerte de sus cosas con mas sano juicio del que emplea en ellas si se le permite la libre administracion de las mismas; *l. is* 18. *hoc. tit.* No es la misma la razon de los púberes menores de veinte y cinco años, pues que ni á estos se les priva de la administracion de sus bienes como malamente dice Donelo en la *l.* 6. *de verb. obl. num.* 9. sino que tan solo si quieren reciben curadores á quienes se les permite la administracion, ni se dan estos á los menores sino para el fin de que no sean engañados en los contratos, lo que no es de temer en el testamento.

Quod ante fecerit). *D. l. is cui* 18. El testamento anterior á la interdiccion de los bienes debe valer por la misma razon que vale el hecho antes de volverse furioso. El Emperador Leon en la *Nov.* 39. permite al pródigo lo que le es útil y manda que sea válido su testamento cuando en él no aparecieren las costumbres de pródigo, lo que segun Viglio se funda en la equidad natural. Quizá esto debe admitirse si hubiere alguna prueba fuerte de mas sanas costumbres, segun la *l.* 1. *de cur. fur.* Este lugar confirma lo que mas arriba en el §. *furiosi* 5. *de curat.* dijimos que el pródigo por lo que hace á la administracion de sus cosas y á los efectos del derecho civil no se considera tal en el mismo hecho de serlo, sino solo despues que se le ha privado de la administracion de sus bienes; lo que tiene lugar no *ipso jure*, sino con conocimiento de causa por decreto del Majistrado.

(a) L. 1. 13. tit. 1. P. 6.

TEXTO.

De surdo et muto.

3. Item surdus, et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tardè exaudit. Nam, et mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tardè loquitur. Sæpe enim etiam litterati homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.

TRADUCCION.

Del sordo y del mudo.

Tampoco el sordo y el mudo pueden siempre hacer testamento. Hablamos, empero, de aquel sordo que absolutamente no oye, no de aquel que oye con dificultad; y tambien se entiende mudo aquel que absolutamente no puede hablar, no aquel que habla con dificultad, pues muchas veces los hombres que saben escribir, por varias causas pierden la facultad de oir ó de hablar, por lo que, nuestra constitucion los socorre para que en ciertos casos y de ciertos modos puedan testar segun lo en ella prescrito, y hacer otras cosas que les son permitidas. Y si uno despues de hecho testamento, por una enfermedad ó cualquier otra causa empezare á ser sordo ó mudo, valdrá sin embargo de esto su testamento.

COMENTARIO.

Antiguamente, aunque uno tan solo fuere mudo ó sordo no tenia facultad de testar á no ser que especialmente la hubiese conseguido del príncipe, *l.* 7. *h. t. l. pen.* §. 1. *unde cogn.*; y la razon de esto la manifiesta Paulo en el *lib.* 3. *sent.* 4., diciendo que el mudo no puede rogar á los testigos ni el sordo oirles cuando prestan su testimonio. De ahí es que como no puede impetrar del príncipe sino aquel que puede esponerle su súplica de palabra ó por escrito, se sigue que los mudos, si no sabian escribir no podian testar de ningun modo. Justiniano lo que era un derecho singular y personal lo hizo un derecho comun; y permitió en general hacer testamento á todos los sordos ó mudos aunque con alguna limitacion; de modo

que ya no sea necesario conseguir esto por medio de súplica, *l. discretis* 10. *C. h. t.* Dispuso, pues, que si uno fuere sordo-mudo á la vez por naturaleza no pueda absolutamente hacer testamento; si lo fuera por un accidente que pueda hacerlo, con tal que antes hubiere aprendido á escribir, en cuyo caso podrá espresar por escrito su última voluntad. Pero si uno tan solo fuere mudo ó sordo, ya lo sea por naturaleza, ya por enfermedad puede testar de modo que segun la naturaleza de las cosas pueda declarar su voluntad, ó por escrito ó de palabra. Lo que no se permite por esta constitucion es hacer testamento al que solamente es mudo pero que no sabe escribir, conforme á lo que decimos hace poco, que aquel que se hallaba en estas circunstancias no podia obtener del Príncipe la facultad de testar. En dicha constitucion hay un absurdo que creyó Justiniano que aquel que era sordo de nacimiento puede hablar y pronunciar sonidos articulados, como que nada hay mas cierto que aquel á quien la naturaleza ha privado del oido le ha quitado tambien el uso de la palabra, y no hay nadie que sea sordo de nacimiento que no sea tambien mudo, segun atestigua Plinio, *lib.* 10. *c.* 69.

Qui omnino non exaudit., etc). Esto es enteramente claro, pues es sabido que aquel que oye dificilmente no se dice ser sordo, sino un poco sordo, y aquellos que hablan con dificultad no se llaman mudos sino tartamudos, llamándose tan solo mudos los incapaces de hablar. Tambien debe considerarse mudo aquel que habla ininteligiblemente, ó sea sin ninguna palabra significativa, *l. mutum* 9. *de ædil. edict. l.* 7. *in fin. de supell. leg.*

Sed si quis post testamentum factum, etc.) Y esto por la misma razon por la que dijimos que el testamento del furioso ó pródigo hecho antes del furor ó de la interdiccion de bienes no se invalidaba.

TEXTO.

De cæco.

1. Cæcus autem non potest facere testamentum nisi per observationem, quam lex Divi Justini patris nostri introduxit.

TRADUCCION.

Del ciego.

El ciego no puede hacer testamento sino del modo que introdujo la ley del emperador Justino nuestro Padre.

COMENTARIO.

Nada hay en el ciego que le impida hacer testamento, pues puede convocar y rogar á los testigos, y oirles cuando le prestan su testimonio; por lo que, ya antiguamente pudo hacer testamento, Paul. 3. *sent.* 4.; y actualmente puede tambien. Con todo, hanse prescrito algunas solemnidades particulares en el testamento del ciego por aquella ley de Justiniano, de que se hace mencion aquí, y que se halla en la *l. hac consultissima* 8. *C. h. t.* para impedir todo fraude que es en este caso mas temible. El sentido de la ley es que el ciego ha de declarar de viva voz el heredero (pienso ser inútil advertir que el ciego no puede testar sino nuncupativamente); además del número ordinario de testigos debe convocar tambien al escribano, y si este no se hallare á mano, otro octavo testigo que reduzca la voluntad del testador á escritura, la que en seguida suscriban y sellen todos los testigos y el escribano, como se hace en los testamentos escritos, ó que si antes cuidó de que se escribiera su testamento, que el escribano lea lo escrito delante de los testigos, y que el ciego declare despues de leido que aquella es su voluntad, suscribiendo y sellando en seguida todos. Así que deben notarse estas singularidades: 1.ª que no basta la declaracion de la voluntad, á no ser que se reduzca á escritura; 2.ª que debe concurrir un octavo testigo que escriba el testamento, ó que lea lo antes escrito; 3.ª que este testigo debe ser un escribano público si lo hubiere á mano; 4.ª que suscriban y sellen todos.

« En España para que el testamento del « ciego valga se requieren cinco testigos, *l.* « 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Rec.* Sobre, em- « pero, si es ó no necesario que dichos testi- « gos sean vecinos del lugar en que se hace « el testamento, y sobre si debe concurrir « el escribano disienten los intérpretes. V. « Acev. en *d. l.* 2. *num.* 23., quien opina « que no se requiere la vecindad en los tes- « tigos, pero sí la concurrencia del escriba- « no, lo que nos parece tambien muy con- « forme. Ant. Gomez en *d. l.* 2. *nu.* 32. pien- « sa que el escribano no es necesario.»

« En Cataluña nos atenemos para el testa- « mento del ciego á las solemnidades prescri- « tas en este párrafo de las instituciones de « Justiniano. Con todo, Comes en su formu- « lario *num.* 1402. y siguientes dice que si « el ciego testase *inter liberos* no necesitaria « solemnidad ninguna, bastando hacer un

«testamento nuncupativo en presencia de «dos testigos.»

TEXTO.

De eo, qui est apud hostes.

5. Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

TRADUCCION.

De aquel que está en poder de los enemigos.

El testamento de aquel que está en poder de los enemigos hecho entre estos no vale aunque volviere; pero el que hizo mientras estaba en la ciudad, si volviere, vale por derecho de postliminio.

NOTAS.

5. *Quamvis redierit*). *L.* 8. *h. t.* Pues la regla de Caton no se vicia por el postliminio. Los codicilos escritos durante el cautiverio por aquel que hizo testamento en la ciudad valen despues de vuelto, porque el principio de los mismos se habia constituido en la ciudad, á saber, el testamento en virtud del que se confirman *l.* 12. §. 5. *de capt. et postl.*; y lo mismo se dice en la *l.* 25. *eod.*

Ex lege Cornelia). La ficcion del postliminio y de la ley Cornelia se observa en todas las partes del derecho, á cada paso en el Dijesto y en el Código: véase el §. 5. *sup. quib. mod. jus. patr. pot.*

COMENTARIO.

1. *Aunque el testamento hecho entre los enemigos no valga por derecho de postliminio valen con todo los codicilos hechos entre los mismos.*

Qui apud hostes est). *L.* 8. *h. t.* La razon es clara, porque el prisionero se hace por derecho de gentes esclavo de los enemigos, y para que el testamento subsista se requiere que el testador tenga el derecho de testar cuando hace el testamento; pues la regla catoniana se vicia por el postliminio. Tampoco los dados en rehenes pueden hacer testamento, á no ser que se les permita, porque están tenidos como en prenda y el fisco ocupa sus bienes, *l.* 11. *h. t. l. Divus.* 31. *de jur. fisc.* Aquellos, empero, que son cojidos por ladrones, como que conservan su libertad, *l.* 11. *in pr. et* §. 1. *h. t.* retienen la testamentifaccion, como tambien aquellos que desempeñan una legacion entre los estraños; *l.* 19. §. 2. *de capt. et postl.* VINN. Tambien lo conservan los prisioneros hechos en las guerras civiles, pues que estos no se hacian siervos, sino que se proscribian lo que introdujo Sila. Vellej. *lib.* 11. 28. HEIN.

Sed quod, dum in civitate, etc.) El testamento hecho conforme á derecho antes de cautiverio, aunque en realidad se anule por este, con todo se sostiene por una ficcion del derecho. Dos ficciones hay aqui; la del postliminio y la de la ley Cornelia, *l.* 6. §. *pen. de injust. rupt. test.* Aquella tiene lugar si los prisioneros volvieren del cautiverio; y esta si murieren en él: por aquella se finje que el testador estuvo siempre en la ciudad; y por esta que murió en ella. Los Emperadores en la *l.* 9. *C. de postl. rev.* inconsideradamente atribuyen á la ley Cornelia lo que es del derecho de postliminio. Tal vez pregunten algunos, ¿por qué fingiéndose por postliminio que el que ha regresado, siempre estuvo en la ciudad y se considera del mismo modo que si durante el tiempo intermedio no hubiese estado en cautiverio ninguno, no valga por derecho de postliminio el testamento que uno hizo durante el cautiverio? A esto se responde, que lo que no existió antes del cautiverio no puede restituirse por el postliminio. No obstante que los codicilos escritos durante el mismo cautiverio por aquel que hizo testamento en la ciudad despues de su vuelta valgan por derecho de postliminio; pues que su principio y fundamento está constituido ya en la ciudad, á saber, el mismo testamento por el que han sido confirmados, *l. in bello* 12. §. *codicilli* 5. *de capt. et postl.* Por la misma razon se dispuso que si la mujer hubiere sido cojida prisionera en union con el marido, y durante el cautiverio hubiere tenido hijos de este, tambien los hijos allí nacidos tendrán el derecho de postliminio y vueltos con sus padres serán hijos legítimos, *l. divi* 25. *d. t.* por cuanto han nacido de un matrimonio legitimamente contraido en la ciudad. De ningun momento es lo que advierte Aretino que hay una regla que dice que los tiempos intermedios no dañan, *l.* 6. §. 2. *l. alien.* 49. §. 1. *de hær. inst.* §. *in extraneis* 4. *inf. de hær. qual.*, y que por consiguiente puede parecer inútil la ficcion del derecho de postliminio para conservar el testamento; pues que dicho principio pertenece al heredero no al testador, cuyo testamento no puede subsistir perdido el derecho de ciudad. Engáñase Aretino cuando responde que la regla esta tiene lugar si el estado del testador no se hubiere mudado durante el tiempo intermedio, pues el error es claro

aquí; *d. l. 6.* §. 2.; y cuando no ha habido mutacion de estado ¿qué razon, pregunto, puede haber de duda? Por último no solo en esta parte del derecho sino tambien en todas las demás se observa la ficcion del postliminio y de la ley Cornelia, *l.* 5. §. 1. *d. l. in bello* 12. §. 1. *l. retro* 16. *l. in omnibus* 18. *de capt. et postl. et C. eod.* §. *si ab hostibus* 5. *sup. quib. mod. jus. pat. pot. solv.* La restitucion del condenado á muerte se compara el postliminio en la *l.* 6. §. *pen. de injust. rupt. test.*

Ex lege Cornelia). *L. lege Cornelia* 12. *hoc. tit.* Esta ley une los tiempos de la muerte y del cautiverio; esto es, finje que aquel que murió entre los enemigos ha muerto al tiempo de ser cojido prisionero; esto es, siendo ciudadano y teniendo familia. Ignórase en qué tiempo y por quién fué dada, pues lo que Viglio piensa que fué dada en la primera guerra púnica por alguno de la familia de los Escipiones es solo una conjetura y no muy probable. VINN. Mas probable es que esta ley Cornelia es la misma testamentaria de Cornelio Sula de que hace mencion Ciceron *in Verr. lib.* 1. *c.* 41.; y asi tambien lo piensa Hotomano. Puede tambien dicha ley disponer algo acerca del postliminio, y por lo tanto no tienen culpa ninguna los emperadores en la *l.* 9. *C. de postlim. reversis*, en donde Vinnio dice que inconsideradamente atribuyeron á la ley Cornelia lo que es propio del derecho de postliminio. El postliminio se dice constituido, no solo por las costumbres si que tambien por las leyes en la *l.* 19. *ff. de capt. et post.* HEIN.

« En España la *l.* 6. *tit.* 29. *P.* 2. Establece tambien la doctrina de este párrafo. Sin embargo, como que actualmente no se hacen siervos los prisioneros de guerra no tiene lugar lo en dicha ley dispuesto, y así estos últimos pueden hacer testamento, aunque estén en poder de los enemigos.

« En España tenemos la particularidad de que la facultad de testar puede cometerse á otro que se llama comisario, *l.* 7. *tit.* 6. *lib.* 5. *F. R.* Esto se hace por medio del oportuno poder otorgado con las mismas solemnidades que se exijen para los testamentos, *l.* 39. *de Toro.* El comisario no puede hacer en virtud del poder mas que lo que en él mismo se hallare establecido. Asi es que ni puede instituir heredero, ni desheredar á alguno de los descendientes, nombrarles sustituto ó darles tutor, ni hacer mejoras, ni revocar legados, ni sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, *l.* 51. *y* 54. *de Toro*, debiéndose concretar á lo que el poderdante le previno en su poder, y si nada le previno podrá descargar los cargos de conciencia, y mandar distribuir la quinta parte de todos los bienes del testador por el alma del mismo, y el resto deberá repartirse entre los herederos ab intestato; y en caso de no haberlos en obras pias y provechosas al alma del difunto, *l.* 31. *de Toro.* El comisario á quien se hubiere encargado especialmente el hacer alguna de las cosas referidas, está obligado á ejecutarlas despues de aceptado el poder, y si no lo verifica se tendrán por hechas, *l.* 35. *de Toro.* El comisario debe usar del poder que se le dió dentro del término de cuatro meses si estaba en el lugar en que se dió el poder al tiempo de dársele; dentro de seis meses estando ausente, y dentro de un año estando fuera del reino, cuyos términos corren aun contra el comisario ausente ó ignorante; y lo que hiciere fuera de ellos será nulo, *l.* 33. *de Toro.* Las facultades del comisario cesan una vez hecho el testamento, de modo que aun cuando en este se hubiere reservado la facultad de hacer alguna alteracion, no podrá de ningun modo verificarlo, *l.* 55. *de Toro.* Cuando se hubiere nombrado mas de un comisario, si alguno de ellos no quisiere ó no pudiere otorgar el testamento, queda el poder por entero á favor del otro ú otros; si, empero, hubiere discordia debe estarse á la voluntad del mayor número, y caso de haber empate será el tercero el juez, *l.* 38. *de Toro.*»

« En Cataluña no conocemos los comisarios, pero en cambio tenemos los herederos de confianza que son aquellas personas á quienes el testador ha comunicado su voluntad secreta y confidencialmente con encargo de ejecutarla. Son una especie de albaceas generales con todos sus derechos de administracion si quieren percibirlos, á quienes nunca ó muy raras veces se les obliga á declarar la voluntad que el testador ha querido que estuviese oculta. Si alguna vez, empero, viniere este caso, se suponen y son tenidos por unos testigos calificados á quienes se da fé aunque sean únicos. No declaran sino *ad aurem judicis*, á no ser que alguna especial circunstancia obligase á proceder de otra manera. Vives *tom.* 2. *pág.* 273.

TÍTULO DÉCIMOTERCIO.

De la desheredacion de los descendientes.

CONC. CON EL DIG. L. 28. TIT. 2., CON EL COD. LIB. 6. TIT. 28. Y 29. Y CON LA NOV. 115. (a

Resúmen del método y argumento del título.

Hasta aquí se ha tratado de las personas á quienes por derecho público se concede ó deniega la facultad de hacer testamento, como tambien del modo de testar ó sea de las solemnidades externas del testamento establecidas para dar mayor fuerza al mismo. Síguense ahora las cosas que deben insertarse y disponerse en el mismo testamento, para que sea justo y válido; lo que podemos llamarlo solemnidad interna del testamento; y es de dos maneras: una comun á todos los testamentos, á saber la institucion de heredero, y otra propia tan solo de algunos, y principalmente de los de los padres que tienen descendientes bajo su potestad, á saber, la desheredacion de dichos descendientes en el caso en que no sean instituidos herederos, sobre la que por esta razon debe tratarse entre los requisitos que se exijen necesariamente para hacer los testamentos *l. inter cœtera* 30. *h. t. de lib. et posth. inst. hær. vel exher.* Pensó en otro tiempo Hotomano que la inscripcion de este título debia correjirse y que debia leerse *de la institucion* ó *desheredacion* de los descendientes, lo que tácitamente sigue Wesembecio, pero posteriormente el mismo Hotomano abjuró esta opinion, y en cuanto á mí no me parece necesaria variacion ninguna. Con todo, aun que se ponga la inscripcion segun el prime modo de pensar de Hotomano no se probará por ello lo que demuestra el epígrafe del mismo título en las pandectas y en *d. l. inter cœtera* 30. En el precepto de la ley hay tambien una partícula disyuntiva, pues dice: *el padre instituya al hijo que tiene bajo su potestad heredero, ó desherédelo expresamente.* Desheredar es excluir de la herencia á aquel que de otro modo será heredero (b) y propiamente solo se dice de los herederos suyos, quienes á no ser excluidos serian herederos *ipso jure*, y los que en cierto modo se consideran dueños durante la vida del padre, *l. in suis* 11. *h. t.*; pero de los estraños solo se dice abusivamente. Por derecho civil antiguo no era igualmente necesaria la desheredacion en todos los descendientes, ni aun con respecto á aquellos que estaban bajo la pátria potestad y eran herederos suyos; ni cuando se omitia producia siempre igual efecto, variando en el modo de hacerse, segun el sexo ó grado, y segun los hijos hubieren nacido ó nó al tiempo de hacerse el testamento; todo lo que esplica cuidadosamente aquí el emperador, añadiendo en seguida lo que él mismo dispuso de nuevo. Al último trata de la pretericion que tiene la fuerza de desheredacion. Contiene este título los principios de las grandes y mas difíciles cuestiones del derecho, ya antiguo ya nuevo; y por esto se requiere una dilijente y exacta interpretacion en todas sus partes.

« En España no es necesaria la institucion « de heredero para que valga el testamento « segun la ley 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Rec.* »

« En Cataluña nos conformamos con el de« recho romano, aunque algunos y casi to« dos los autores esceptúan á Barcelona y « demás lugares que gozan de sus privilejios, « en virtud de la *ley únic. tit.* 1. *lib.* 6. *vol.* « 2. *Const. de Cat.* diciendo no ser necesaria « en ellos la institucion de heredero. Pero si « examinamos bien el tenor de dicha consti« tucion no veremos que se deduzca tal con« secuencia, y solo encontraremos que el pri« vilejio que en ella se concede es únicamente « que el testamento hecho en dichos lugares « no pueda viciarse ni anularse aun cuando « en él se pretieran ú omitan personas de que « se debió hacer mencion expresa, ni aunque « falte alguna de las solemnidades que por el « derecho se requieren; de las solemnidades « externas se entiende, pues que por lo que « hace á las internas, esto es, á la institucion « de heredero, la misma constitucion la re« quiere espresamente en aquellas palabras, « *mientras que el testador tuviere facultad « de hacer testamento, é instituyere here*de« *ros capaces.* Estas palabras encierran dos

«condiciones; á saber, capacidad en el testador, é institucion de un heredero tambien capaz. Sin la concurrencia de estos dos requisitos no podrá llamarse válido un testamento, aunque para su consistencia nada importa que se instituyan ó nó en él aquellas personas que segun el derecho comun romano deben ser instituidas ó desheredadas, so pena de nulidad del testamento, con tal que la persona instituida tenga capacidad para adquirir la herencia. Sin duda ha dado márjen á la opinion generalmente recibida lo que en la segunda parte de la referida constitucion se dispone, á saber, que aunque el heredero instituido no admita la herencia ó admitida la repudie, ó bien por cualquier otro modo y manera falte el heredero universal del mismo difunto desde el principio ó despues, ó en un intervalo, sin embargo siempre que el testador pudiese hacer testamento valgan los legados y fideicomisos, mientras que sean hechos á sujetos capaces de ellos. Sin embargo, lejos de poder deducirse de ahí que la institucion de heredero no sea necesaria, se corrobora mas y mas nuestra opinion, pues si se mira con detencion se verá que únicamente se habla del caso en que el heredero universal nombrado por el difunto faltare despues de hecho el testamento, en cuyo caso por derecho romano quedaba este destituido, pero no así por derecho privilejiativo de Barcelona segun el cual basta que desde un principio se haya nombrado heredero para que el testamento subsista, aun cuando posteriormente faltare aquel. Verdad es, que parece podrian objetarse aquellas palabras *desde un principio*, pero pueden fácilmente y deben entenderse del caso en que el heredero nombrado no llegue á serlo, ya por haber muerto antes que el testador, ya por no haber admitido la herencia. De lo contrario, ¿cómo conciliariamos la segunda parte de la referida constitucion con la primera, cuando en esta se exije terminantemente la institucion de heredero para la validez del testamento? Por otra parte si atendemos á la causa ocasional de dicho privilejio, veremos segun se lee en el preámbulo del mismo que fué la ignorancia ó insuficiencia de algunos notarios. Por esta razon, empero, ¿podremos nunca decir que tuviese el lejislador la intencion de dispensar la institucion de heredero que forma la misma esencia del testamento? Seguramente que no, y colíjese claramente que solo se refirió á las solemnidades esternas de lo que dice que valdrá el testamento, aunque no hubiese mas que dos ó tres testigos, á pesar de que no fueren rogados, reduciéndose aquel á forma ó escritura pública.»

TEXTO.

Jus vetus de liberis in potestate

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit: nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constituerit testamentum. Sed non ita de filiabus et aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti hæredes scriptæve, vel exhæredati exhæredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur, si ita exhæredetur; *Titius filius meus exhæres esto*: sive ita: *Filius meus exhæres esto*, non abjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.

TRADUCCION.

Derecho antiguo acerca de los descendientes constituidos en potestad.

Para que valga el testamento no basta observar lo que mas arriba esplicamos, sino que aquel que tiene un hijo bajo de su potestad debe cuidar de instituirle heredero ó de desheredarlo espresamente; de otra suerte si lo preteriere testará inútilmente, en tanto que aunque el hijo muriera durante la vida del padre no habrá ningun heredero en virtud de dicho testamento, porque este desde un principio no subsiste. Pero no se observó lo mismo acerca de las hijas y de los descendientes por parte de padre de entrambos sexos antiguamente, sino que si estos no fuesen instituidos herederos o desheredados, el testamento no se invalidaba, aunque se les concedia el derecho de acrecer hasta cierta porcion. Ni era necesario á los padres que desheredasen dichas personas espresamente, sino que podian hacerlo entre otros. Dícese desheredar espresamente cuando se deshereda de este modo desheredo á Ticio hijo mio, *ó así:* desheredo á mi hijo, *sin añadir el nombre propio, si en este caso no hay otro hijo.*

NOTAS.

De exhæredatione). La desheredacion es la privacion de la herencia deferida por la ley; por lo que, solamente se aplica con propiedad á los herederos suyos, y á los demás abusivamente. A los estraños solo se les defiere la herencia; á los suyos tambien se les dá, §. 2. *inf. de hær. qual.*

Non sufficit hæc observatio). A saber, en el modo de testar y en las solemnidades des-

inadas para robustecer la fuerza del testamento, de lo que se ha tratado en el *tit.* 10.

Vel exhæredem faciat). Acerca de lo que por esta razon debe tratarse de los demás requisitos necesarios para hacer el testamento, *l.* 30. *ff. de lib. et post.*

Inutiliter testabitur). *D. l.* 30. Con todo, si el hijo que sobrevive á su padre se abstuviese de los bienes paternos se sostendrá la voluntad de este por equidad, *l.* 17. *de injust. reput.*

Vivo patre mortuus). *L.* 7. *h. t.* Conforme á la regla Catoniana, *l.* 1. *de reg. Cat. l.* 29. *l. pen. de reg. jur.*

Non ita de filiabus, etc.) La razon de esta diversidad la dá Ulpiano en la *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt.*

Nominatim autem). Véase la *l.* 1. 2. *et* 3. *D. h. t.*

COMENTARIO.

1 *Preterido el hijo que está bajo la pátria potestad, el testamento por derecho civil es enteramente inútil y de ningun momento, y dedúcense de esto cuatro corolarios.*

2 *Preterida la hija y los nietos habidos del hijo, segun el derecho antiguo subsiste el testamento, concediéndose el derecho de acrecer á los herederos escritos.*

3 *En qué porcion estas personas preteridas acrecian á los herederos escritos?*

4 *Si el pretor admite á estos preteridos á la posesion de los bienes contra el testamento?*

5 *Desheredada la hija y los nietos habidos del hijo, aunque no se haya hecho esto espresamente no tienen ni el derecho de acrecer ni son llamados por el pretor á la posesion de los bienes contra el testamento, con tal que se hubiesen guardado los demás requisitos de la desheredacion.*

6 *Si el testamento en que se ha preterido al hijo es enteramente inútil por derecho pretorio?*

7 *Absteniéndose el hijo preterido de la herencia, el pretor dá fuerza al testamento aun cuando haya sido instituido en él un estraño?*

1. Manifiéstase aquí la diferencia que antiguamente se observaba en esta materia en el sexo y grado de los descendientes ya nacidos. El hijo constituido bajo la pátria potestad era de mejor condicion que los demás, puesto que era el único que necesariamente debia ser instituido heredero ó desheredado por el padre para que subsistiese el testamento, el que de otra suerte por derecho civil era enteramente inútil y de ningun momento, *l. inter cætera* 30. *h. t. l. filio* 17. *de injust. rupt. test. et hoc text.* De esto, empero, se deduce: 1.° Lo que ya aquí espresa Justiniano que en virtud de semejante testamento no puede haber ningun heredero, aunque el hijo preterido hubiere muerto durante la vida del padre por la regla Catoniana que prescribe *que aquella institucion que seria inútil si el testador hubiese muerto luego despues de hecho el testamento no debe valer por la razon de que ha vivido mas largo tiempo*, *l.* 1. *de reg. Cat. l. pen. de reg. jur.* §. 32. *inf. de legat.*; y en general porque lo que en un principio es nulo no puede valer con el transcurso del tiempo, *l.* 29. *de reg. jur.* §. 2. *de inst. stip.* 2.° Que por semejante testamento no se rompe el antes lejitimamente hecho por el padre, *l.* 7. *h. t.* §. 2. *et pen. inf. quib. mod. test. inf.* 3.° Que no se sostiene este testamento aunque el padre haya dejado al hijo un legado por cuantioso que este sea, pues el ser ó no preterido el hijo no se considera por la donacion de un legado, sino por la institucion ó desheredacion, teniéndose por preteridos en esta materia todos aquellos que ni han sido instituidos herederos ni desheredados como conviene §. *eadem* 12. *inf. de hær. ab int.* 4.° Que aunque el mismo hijo antes del testamento ó en el mismo hubiese consentido en la pretericion, no por ello podrá subsistir; pues no es cierto lo que Clar. §. *testamentum q.* 43. *n.* 5. piensa que este derecho solo se ha constituido en favor del hijo, quien por consiguiente puede renunciar á él, por cuanto la forma del testamento paterno prescrita por derecho público exijia esto absolutamente; y asi no podia mudarse este derecho por la voluntad de los particulares, *l.* 3. *h. t. l. jus publicum* 38 *de pact.* Véase, con todo, á Antonio Fabro. *C. de suo de lib. præt. de fin.* 6.

Exhæredem eum nominatim faciat). No cualquiera desheredacion excluia á los descendientes de la herencia del padre, sino aquella que se hubiese hecho con todos los requisitos; pues los desheredados sin las solemnidades prescritas se consideraban preteridos, *l.* 8. §. 2. *cont. tab.* En cuanto á las solemnidades no habia diferencia entre el sexo ó grado, sino que en el hijo debia observarse que se desheredase espresamente, lo que no se exijia en los demás como luego veremos, Cic. *lib.* 1. *de Orat. c.* 38. dice: *quem pater neque exheredem scripsit nominatim.* VINN. De este lugar aparece que ya en tiempo de Ciceron habia caido en cierto modo en desuso la absoluta libertad de los padres de desheredar y preterir á sus descendientes, la que les competia antiguamente antes y despues de las doce tablas, *l.* 11. *ff. de lib. et post.* Liv. *lib.* 1. *c.* 34. HEIN.

2. *Sed non ita in filiabus et aliis per virilem sexum descendentibus*). No del mismo modo que antiguamente por la pretericion

del hijo era nulo el testamento lo era tambien por la de la hija ó del nieto ó nieta nacidos del hijo, (pues que los nacidos de la hija no pertenecen aqui §. *ult. inf. eod.*) sino que en este caso quedaba subsistente el testamento, y se les daba el derecho de acrecer hasta cierta porcion, para que como si hubiesen sido escritos en el testamento aumentasen el número de los herederos, *l. ult. C. h. t.* Ulp. *tit.* 22. §. 12. 15. *et* 16. Acrecian estas personas á los herederos escritos con daño; esto es, que acreciendo les quitaban una porcion de la herencia, de modo que fué muy diferente del otro derecho de acrecer por el que acrecian las cosas, el cual tiene lugar con emolumento cuando las partes de los que no las piden acrecen á los que las piden, ó sea la porcion omitida á la porcion reconocida, sobre lo que trataremos en el §. *si eadem* 8. *inf. de legat.*

3. Ulpiano en *d. t.* 22. §. *ex suis* 14. nos enseña en qué parte acrecieron estas personas á los herederos instituidos, pues dice: *Acrecen los herederos escritos si fueren suyos por partes iguales, y si fueren estraños en la mitad;* y asi tambien Cayo *lib.* 2. *tit.* 3. §. 1. Teof. *hic.;* y debe notarse que se observaba esto, no tan solo cuando únicamente habia herederos suyos ó estraños sino tambien cuando los habia de las dos especies. Supóngase, pues, que se ha instituido heredero á un estraño en union con un hijo por partes iguales: en este caso la hija preterida acrecia á los dos por partes iguales, pero si se habian instituido muchos estraños y muchos herederos suyos, á los estraños les acrecian en la mitad, y á los suyos en porciones iguales, y asi si habia dos hijos y un estraño, á este le acrecian en la mitad y á aquellos en la tercera parte; y de este modo accidentalmente sucedia que conseguia mas la hija preterida que el hijo ó hijos instituidos, lo que claramente demuestra el lugar de Paulo 3. *sent.* 4., en donde dice: *Si la hija preterida acrece á un hijo y á un estraño instituidos herederos en partes iguales, quitará tanto al heredero suyo como al estraño, pero si hubiese dos hijos instituidos á los hijos les quitará la tercera parte y á los estraños la mitad.*

4. Habiéndose, pues, por derecho civil concedido este remedio á las hijas y nietos habidos del hijo que habian sido preteridos; pregúntase si omitidos en el mismo eran admitidos por el pretor si pedian la posesion de los bienes contra el testamento; y Bacovio piensa que el pretor debe escluirlos, lo que es manifiestamente falso, pues el pretor venos que no tuvo en consideracion otra cosa sino si habian sido los descendientes preteridos ó desheredados, y excluyendo á estos admite á aquellos indistintamente sin hacer diferencia entre el sexo ni grado *l.* 1. *in pr. et* §. 1. *de bon poss. cont. tab. l.* 2. *sec. tab.*; lo que tambien Justiniano dá á entender en el §. *sed. hæc* 5. *inf. eod.* cuando dice que los pretores al dar la posesion de bienes siguieron el derecho de sucesion ab intestado que todos los descendientes tienen en virtud de la ley de las doce tablas, sin hacer diferencia entre su sexo ó grado. ¿Pero qué necesidad hay de prueba? En la *l. ult. C. h. t.* hay un texto espreso, cuyas palabras son: *La hija preterida tenia por el pretor la posesion de los bienes en el todo contra el testamento*: y poco despues añade: *Cuando, pues, la hija preterida recibia por la posesion de los bienes contra el testamento ó el derecho de acrecer al semise del patrimonio, etc.* Dice aquí la mitad porque antes habia dicho que por la constitucion de Antonino se habia limitado el beneficio del pretor á la posesion que las hijas preteridas recibian por derecho civil cuando acrecian á los herederos escritos. Pero ¿por qué razon anula la pretericion del hijo el testamento y no lo rompe tambien la de la hija y de los nacidos del hijo? La razon de esta diferencia la manifiestan algo oscuramente Ulp. *l.* 8. §. 1. *de injust. nupt. test.* cuando dice *que porque la hija ó nieto cuando son emancipados solo por una venta salen de la pátria potestad no rompen el testamento.* El sentido de estas palabras es que no debe estrañarse que por derecho civil puede preterirse mas fácilmente á la hija ó nieto nacido del hijo que no á este, puesto que el hijo está unido mas estrechamente por aquél derecho con el padre que no la hija ó nieto con el padre ó abuelo, lo que se prueba porque aquel solo sale de la pátria potestad por tres ventas ó manumisiones, y estos con una; véase lo que dijimos en el §. *præterea* 6. *sup. quib. mod. jus. pat. pot. solv.*

Licebat inter cæteros hoc facere). Los griegos dicen ἀορίστως, indefinidamente; esto es, de este modo: *Sea heredero Ticio hijo mio; á los demás los deshereda.* S. Gregorio Nacianceno en su testamento dice: *A todos los demás los deshereda.* El efecto de esto era que los asi desheredados ó desheredadas no acrecian á los herederos escritos como los preteridos, ni eran llamados por el pretor á la posesion de los bienes *contra tabulas.* Solo les quedaba el poder rescindir el testamento por inoficioso si no hubiesen recibido la cuarta de la porcion debida. *l.* 8. §. *quoniam* 2. *de inoff. test. l. ult. C. h. t.*

Los demás requisitos de la desheredacion son que se haga puramente, *l.* 3. §. 1. (a); simplemente, no de una cosa determinada, *l. cum quidam* 19. *h. t.* (b) y que se haga de todos los grados, *d. l.* 3. §. 2. *et. seq. eod.* Véase á Perez *in C. hoc t. n.* 9. *et* 10.; todo lo que creo que tiene tambien lugar en las hijas y nietos nacidos del hijo, de modo que sin ello la desheredacion no se consideraba bien hecha y se tenia por pretericion. Es cierto tambien que la desheredacion segun el derecho antiguo se consideraba bien hecha y subsistia el testamento, aunque la causa de la misma no se hubiese expresado, y de cualquier clase que fuesen los hijos desheredados; y por lo tanto, tampoco entonces tenia lugar el beneficio del pretor quedando tan solo á los desheredados la queja inoficiosa. Si empero, esto se mudó por Justiniano en la *Nov.* 115. *c.* 3. lo veremos en otra parte.

Si alius filius non extat). Pues en el caso en que hubiere muchos hijos por una benigna interpretacion responden la mayor parte que no se entiende desheredado á ninguno, *l.* 2. *h. t.* Con todo, la demostracion basta aunque se calle el nombre ó hubiere el padre dejado de nombrar al hijo; por ejemplo, si dijese, el nacido de Seya, ó lo manifestase de otro modo ó con una injuria, *l.* 3. *pro tod.* (c); pues toda proposicion, para decirlo en general, por la que claramente se designe la persona de que uno habla hace la desheredacion expresa, *arg. l. nominatim* 34. *de cond. et dem.* En resúmen, pues, la diferencia que habia entre los hijos ya nacidos era esta: que la pretericion del hijo anulaba el testamento; que el desheredado no espresamente se tenia por preterido; pero que preteridos los demás subsistia el testamento y acrecian á los herederos escritos, y aunque no hubiesen sido espresamente desheredados, con todo, si se hubiesen observado los demás requisitos se tenian por bien desheredados. Los intérpretes no me permiten aun dejar esta materia.

6. Primero debemos investigar si del mismo modo que el testamento en que ha sido preterido el hijo es nulo por derecho civil lo es tambien por derecho pretorio; y veo que la mayor parte piensan que semejante testamento es nulo por entrambos derechos, y que se invalida enteramente, así por el pretorio como por el civil, Cyn. Bald. Castr. *in l.* 2. *C. de bon. poss. cont. tab.* Clar. §. *testamentum qu.* 43. *n.* 1. Gomez 1. *var. res. c.* 11. *n.* 3., cuya opinion defiende prolijamente Ant. Fab. 9. *conj.* 14. *et de ead.* 57. *err.* 5. *y* 6. El argumento en que principalmente se fundan es que en el caso propuesto tambien por derecho pretorio se sucede ab intestato; esto es, se dá al hijo preterido la posesion de bienes por el edicto *unde liberi*, *l. ult. h. t. l.* 1. §. *ult. si tab. test. null. ext.*; como que el pretor no reconozca aquí testamento ninguno. Sin embargo, es mas probable la opinion de la glosa en *d. l.* 2. *C. cont. tab.* la que tambien sigue Bart. *ibid. probat.* como tambien Vigl. *hic.* de que semejante testamento no es nulo por derecho pretorio; y las razones de esto son las siguientes. Primera, porque el hijo preterido puede pedir la posesion de bienes *contra tabulas*, *l.* 1. *de bon. poss. cont. tab.* §. 1. *inf. de bon. poss.* de modo que para esto sea necesario que por derecho pretorio se considere que existan algunas tablas. Segunda, porque á los herederos escritos en dicho testamento se les dá la posesion de bienes segun el mismo testamento *l.* 2. *in pr. de bon. poss. sec. tab.*, en donde el pretor dice que observa el órden de que quiere que primeramente pertenezca la posesion de bienes contra tablas á los hijos preteridos, y que si estos no la reclamaren se siga la voluntad del difunto y se admitan los herederos escritos *secundum tabulas*. Tercera, que al dar la posesion de bienes *secundum tabulas* el pretor solo tiene en consideracion si el testamento ha sido sellado por siete testigos, aunque falte alguna de las solemnidades que se exijen por derecho civil. Ulp. *tit.* 28. §. *etiamsi* 6. Cuarta, porque el pretor apenas hace diferencia entre los hijos suyos y los emancipados; lo que se prueba porque manda instituir ó desheredar tambien á los emancipados, §. 3. *inf. eod.* y con todo, si hubiesen sido preteridos subsiste el testamento por derecho pretorio. Quinta, por las *ll. postumus* 12. *in fin. pr. l. filio* 17. *de injust. rupt. test. l.* 12. §. *de bon. poss. cont. tab.* Al argumento que se ha propuesto hace poco puede muy bien responderse que el pretor es autor de un derecho propio, pero de suerte que á la vez es custodio del derecho civil, el que se sigue tambien siempre que es mas fuerte el derecho de aquel que es llamado por derecho civil. Ni debe parecer mas absurdo decir que vale el testamento en virtud del derecho por el que se sucede tambien ab intestado, que el dar en virtud de un mismo derecho la posesion de bienes segun y contra el testamento; pues que el pretor no dé un mismo modo ni á la vez fa-

(a) L. 3. tit. 7. P. 6.
(b) D. l. 3. al fin.
(c) D. l. 2.

vorece á todos, sino sucesivamente y en razon de que es mejor y preferente la condicion de los hijos preteridos al pedir la posesion de bienes *contra tabulas*, admitidos primeramente á estas, y si hubiesen muerto ó no la pidiesen no creyó obrar absurdamente al darla á los herederos escritos *secundum tabulas;* y además, que los hijos suyos preteridos que pueden anular el testamento por derecho civil los admite ab intestato por el edicto *unde liberi, l. ult. h. t. l. 4. §. ult. unde liberi*, como á custodio del derecho civil.

7. Y á la verdad, si el hijo preterido se abstuviese espontáneamente de los bienes paternos reconocen en este caso los intérpretes que el pretor tiene en consideracion este testamento, y que dá la posesion de los bienes *secundum tabulas* á los herederos en él escritos, aunque por la sutil razon del derecho civil no por ello subsista, *l. filio 17. de injust. rupt. test.* Y esto tiene lugar, segun la opinion de la mayor parte, ya hubiesen sido instituidos herederos aquellos que excluido el hijo hubieran podido entrar en la herencia ab intestado, ya lo hubiesen sido los estraños segun Claro, *d. qu. 43. n. 5.*; cuya opinion es muy cierta, pero muchos no la han entendido ó no la han explicado bien. Manifiesta su exactitud, ya lo que dijimos y demostramos evidentemente en *d. l. 2. in pr. sec. tab.*, en cuyo lugar dice el jurisconsulto que el pretor quiere en el caso en que la posesion de bienes no haya sido ocupada por los hijos preteridos *contra tabulas*, que vuelva *secundum tabulas* á los herederos escritos, sin hacer diferencia ninguna entre la cualidad de los mismos. Así es, pues, que del mismo modo que el pretor promete simplemente á los herederos escritos la posesion de bienes no puede denegársela cuando la piden, pero muchas veces sucede que es sin efecto é inútil; pues entonces en el modo y en el efecto tampoco hay diferencia entre que hayan sido instituidas personas estrañas ó aquellos que, excluido el hijo, sucederian ab intestado; pues debe saberse que la posesion de bienes *secundum tabulas*, ó se dá con efecto de modo que aquel que la recibe retenga los bienes, ó sin él, cuando otro por derecho civil puede vindicar la herencia, Ulp. *tit. 23 §. si septem 5. et tit. 28. §. ult.* Supóngase, pues, que el heredero escrito se hubiese anticipado al hijo preterido en pedir la posesion de los bienes. Esta posesion que el que pide recibe del pretor no tendrá efecto ninguno, ya hubiese sido escrito heredero un próximo pariente ó un estraño, cuando el hijo quiere usar de su derecho; pues que este es preferido al del heredero escrito, aun por el mismo pretor. Por esta razon, para que la posesion no sea sin efecto suele el pretor ordinariamente diferir el darla *secundum tabulas, d. l. 2 sec. tab.* Supóngase que el hijo preterido no hace uso de su derecho, sino que se abstiene de la herencia del padre. En este caso pueden los herederos estraños escritos en el testamento pedir conforme al mismo la posesion de bienes. Con todo, tambien esta será sin efecto si los próximos agnados vindican por derecho civil la herencia ab intestado, Ulp. *d. tit. 23 §. si septem 5.*; pues es cierto que por dicho derecho el testamento es nulo, y pienso que tambien el pretor en este caso preferiria á los próximos parientes por los edictos *unde legitimi unde congnati*. Por esta causa, muy rara vez y solo en un caso sucede que los estraños consigan con efecto la posesion de los bienes, á saber, cuando los próximos parientes ab intestado no quieren hacer uso de su derecho; y por esta causa se añade en este tratado la condicion que se encuentra en el fin *pr. d. l. 12. de injust. rupt. test.*, esto es, *si la posesion de los bienes fué dada á aquel que puede reclamar la cosa ab intestado*. Y casi del mismo modo discurre Bacovio *in §. non tamen 6. inf. quib. mod. test. inf.*

TEXTO.

De posthumis.

1. Posthumi quoque liberi vel hæredes institui debent, vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio posthumo, et quolibet ex cæteris liberis, sive fœminini sexus sive masculini, præterito valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur, ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur abortum fecerit nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per oblivionem. Masculos verò posthumos, id est, filios et deinceps, placuit non aliter relè exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo, *Quicumque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto.*

TRADUCCION.

De los póstumos.

Tambien los descendientes póstumos deben ser instituidos herederos ó desheredados, y es igual en esto la condicion de todos, porque preterido el hijo póstumo ó cualquiera de los demas descendientes, ya del sexo femenino, ya del masculino vale, con todo, el testamento pero despues se

tiempo por el nacimiento del póstumo ó póstuma, y por esta causa se invalida del todo. Por lo que, si la mujer de la que se esperaba un póstumo ó póstuma hubiese abortado nada impedirá á los herederos escritos el que adan la herencia. Las personas, empero, del sexo femenino solian ser desheredadas, o expresamente ó entre otros, con tal que si eran desheredadas entre otros se les legase alguna cosa: para que no pareciesen preteridas por olvido; pero los varones póstumos. esto es, los hijos y así sucesivamente no pueden ser desheredados de otro modo sino expresamente de este modo: deshereda á cualquier hijo que me naciere.

NOTAS.

1. ***Posthumi***). Póstumos se llaman aquellos que nacen despues de la muerte del padre, Amiano Marcelino *lib.* 21. dice: *Dejó á su mujer en cinta de la que nació una póstuma*.

Totum imfirmatur.) No se ha mudado esto por la *Nov.* 115. *c* 3. como falsamente piensa Pacio. Así pues, los póstumos de cualquier sexo ó grado que sean si fuesen preteridos rompen naciendo el testamento. Las hijas y nietos preteridos no lo rompen, sino que acrecen á los escritos. El hijo preterido anula el testamento, *l.* 1. *l.* 3. *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt. l.* 30. *h. t.*; pero si el póstumo preterido nacido despues muriese durante la vida del padre se da al heredero escrito la posesion de bienes segun el testamento, *l.* 12. *de injust. rupt.*

COMENTARIO.

1. *Por qué en los póstumos no se distingue el sexo, del grado para la necesidad de la desheredacion?*
2. *Por qué preteridos los póstumos vale el testamento desde un principio?*
3. *En qué razon se funda que la hija póstuma no pueda ser desheredada entre otros, á no ser que se la deje un legado?*
4. *En qué se funda que los nietos póstumos deban ser desheredados expresamente?*

Háse hablado de los descendientes herederos que eran ya nacidos al tiempo de hacerse el testamento: síguense ahora los póstumos, por los que se entienden aquí todos aquellos que aun no han nacido al tiempo en que el padre hace el testamento, aunque nacieren despues de él durante su vida, *l.* 3. §. 1. *l.* 12. *in pr. de injust. rupt. test.* (a). Cuatro son las diferencias que se advierten entre aquellos y los hijos ya nacidos. Primera, que por la pretericion de los póstumos, de cualquier grado ó sexo que sean, subsiste desde un principio (b) el testamento, al paso que preterido el hijo ya nacido es injusto y nulo el testamento, *l.* 1. *et d. l.* 3. §. 3. *de injust. rupt.* Segunda, que todos los póstumos, ya sean varones, ya hembras, deben ser desheredados en caso que no se instituyan, y que si fueren preteridos rompen é invalidan del todo el testamento, naciendo despues de él; pero preteridas las hijas nacidas y los hijos habidos del hijo no rompen el testamento, sino que acrecen en ciertas porciones á los herederos escritos, segun se ha dicho en el §. *precedente*. Tercera, que, desheredadas las hijas póstumas entre otros, está obligado el padre á legarles algo, lo que no sucede con las ya nacidas. Cuarta, que los póstumos varones del primer grado lo propio que de los sucesivos deben ser desheredados expresamente, lo que no es necesario en los nietos nacidos ya al tiempo de hacerse el testamento.

Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur). En esto se echa de ver la diferencia entre el hijo póstumo preterido y el ya nacido, porque la pretericion de aquel no anula el testamento, ni tampoco lo rompen las hijas ó nietas póstumas, *l.* 8. §. 1. *de injust. test.* Cajo, *lib.* 2. *t.* 3. §. 2.; pero ¿por qué razon no se hace diferencia en los póstumos entre el sexo y grado, lo propio que en los hijos nacidos, y se rompe el testamento del mismo modo por el nacimiento de una hija póstuma preterida ó de un nieto, que con el del hijo? No por otra razon sino porque la voluntad de los padres respecto de sus hijos debe siempre, en cuanto sea posible interpretarse benignamente, y los jurisconsultos pensaron que ó el testador ignoró la concepcion, ó pretirió al hijo concebido y aun no nacido por olvido; y además, que es incierto si en el útero se encuentra un hijo ó una hija.

2. *Abortum fecerit*). De ahí debe deducirse la razon por qué en la pretericion del póstumo vale desde un principio el testamento; pues puede suceder que no nazca por haber abortado la mujer de la que se esperaba, *l.* 2. *C. de post. hær.* Por lo tanto, basta entonces se considera por no nacido, y en vano se objeta que aquel que está en el útero siempre que se trata de su utilidad se considera por ya nacido, *l.* 7. *l. pen de stat. hom.*; pues no esperimenta aquí perjuicio ninguno, por cuanto desde el momento que nace rompe el testamento; y ademas dicha regla ha de limitarse con la restriccion, con tal que despues naciere; pues

(a) L. 20. tit. 1. P.

(b) D. l. 20.

entonces por una ficcion del derecho se retrotrae el nacimiento. Mientras, empero, que está en el útero no es aun hombre ó animal, sino que tan solo hay esperanza de que sea un ser animado; ni está en la potestad de su padre antes de que nazca, *l.* 2. *de mort. inf. l. ult. de collat.*; y por consiguiente aquel que fuere dado á luz muerto no se considera nacido ni procreado, porque nunca pudo llamarse hijo, *l. qui mortui* 129. *de verb. sign.* ni en el caso en que la mujer hubiese parido un mónstruo ó prodigio se rompe el testamento, *l.* 3. *C. de post. hær.* porque no es hijo aquello que se procrea contra la forma del género humano (a).

3. *Sed fœminini quidem sexus personæ, etc.*) Aunque por lo que hace á la necesidad de ser desheredados era igual la condicion de todos los póstumos, no distinguiéndose en ellos el sexo; con todo, por derecho antiguo habia en la forma de la desheredacion alguna diferencia entre los póstumos varones y hembras, pues aquellos solo podian ser desheredados espresamente, y estos tambien entre otros, y en el caso en que esto tuviese lugar solo se entendia bien hecha la desheredacion cuando se les habia legado alguna cosa. En lo que se vé una insigne diferencia entre la desheredacion de las póstumas y de las hijas nacidas; pues estas podian ser desheredadas sin legárseles nada entre otros, y aquellas no, para que, como dice aquí el emperador, no pareciesen preteridos por olvido, pues en favor del póstumo puede decirse que no le pertenece la cláusula general; puesto que debe mas bien presumirse que el padre ignoraba que existiese en el útero, y que por lo tanto lo ha preterido mas por ignorancia que no por haberla querido desheredar, comprendiéndola en aquella cláusula *entre otros*; pues siempre se ha de interpretar en cuanto es posible benignamente la voluntad de los padres hácia sus hijos. Empero la hija ya nacida de la que el padre tenia ya conocimiento no puede dudarse que ha pensado en ella, y que tácitamente la ha comprendido en una desheredacion simple é indefinida, lo propio que con la póstuma á la que deshereda entre otros ó deja un legado, pues esto quita la presuncion del olvido. De lo que hasta aquí se ha dicho es manifiesto que piensa muy bien Cujacio en la *l.* 4. *h. t.* sobre la correccion del principio de la *l.* 3. *de injust. rupt.*; y que lo que Ulpiano habia escrito: *posthumis virilis sexus nolatim exhæredandi sunt.* Triboniano para acomodarlo á la constitucion de Justiniano, de la que se hablará mas abajo en el §. *sed hæc.* 5. lo mudó de esta suerte: *Posthumi per virilem sexum descendentes.*

Filios et deinceps). No hay duda alguna que con el adverbio *deinceps* se da á entender el nieto póstumo habido del hijo, y solo aquel que despues de su nacimiento ha de ser heredero suyo; pues los otros no rompen el testamento aunque nazcan en la potestad del abuelo; por ejemplo, aquellos cuyos padres viven aun están en la pátria potestad, §. [illegible] *l.* 13. *de injust. rupt.* Dice que *no pueden ser desheredados sino expresamente.* Asi pues, ni aun cuando se le dejare un legado valdrá la desheredacion de un nieto [illegible] no se hubiere hecho expresamente sino entre otros; y aquí debe notarse ya que se observaba en esta parte un derecho diferente en los nietos, del que se observaba en los ya nacidos; pues que estos no solo podian ser desheredados expresamente, sino tambien entre otros, y hasta preteridos quedando salvo el testamento, siendo su condicion del todo igual á la de las hijas nacidas, §. *præc.* Ulp. *de tit.* 22.

Los nietos póstumos, empero, eran de mejor condicion que entrambos; pues que no solo no podian preterirse sino que ni podian desheredarse entre otros. Esta diversidad no se funda en otra razon que en la que dijimos se fundaba la diferencia entre la hija póstuma y la ya nacida. Tambien debe notarse la diferencia que hay entre los nietos póstumos y las hijas póstumas, las que podian desheredarse entre otros, con tal que se les dejase un legado, al paso que aquellos no podian ser desheredados sino expresamente. No bastaba señalarles un legado en caso de que se les desheredase entre otros. Pero, se dirá, ¿siendo el nieto nacido de la misma condicion de las hijas tambien nacidas, por qué no se dispuso que del mismo modo los nietos póstumos fuesen de la misma condicion que las hijas póstumas? Jason manifiestamente y tácitamente con él Viglio, confiesa que ignora la razon de esto, y ciertamente no puede segun Otomano piensa, cuando se ha dejado un legado tener lugar la benigna presuncion de otra voluntad del padre, por la que deba parecer que no tanto hizo excluir á este nieto póstumo como que lo preterió por error. La mas probable razon de esto entre las muchas que da Wesembecio es que aunque el abuelo hubiere señalado un legado á no ser que expresamente hubiese desheredado al nieto póstumo, puede y debe parecer que pensó mas bien que sería hija la póstuma que habia de nacer, y la que acо[illegible]

(a) L. 8. tit. 13. P. 6. vers. E otrosi. l. 25. tit. 23. P. 4.

acostumbraba á desheredarse entre otros señalándose un legado que no un varon póstumo por la esperanza de la propagacion de su nombre y familia; cuya conjetura de la voluntad no tiene lugar en los nietos ya nacidos. ¿Qué es, pues, lo que Ulp. *d. tit.* 22. §. *nepotes* 22. dice que los nietos y biznietos y los demás varones póstumos á escepcion del hijo han de ser desheredados ó espresamente ó entre otros, dejándoles un legado, pero que sin embargo es mas seguro desheredarles espresamente y que esto es lo que se observa mas? Esto lo dice por la razon del derecho que quiere que sea cuasi igual la condicion de los mismos, *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt.* que la de las hijas. Y por lo tanto, pueden los nietos póstumos ser desheredados lo propio que las hijas póstumas; pero que con todo por la benigna interpretacion de la voluntad, en caso de duda de que hice mencion, se introdujo aquel derecho. VINN. Mas probable es la razon que de esta diferencia dá Scultinjio ad Ulp. *l.* 6. *p.* 641., diciendo que el derecho constituido acerca las mujeres trae su orígen de las leyes Vaconianas. HEIN.

Quicumque mihi filius). Pónese esto por via de ejemplo, para que alguno no deduzca de ahí que bajo el nombre de hijo aun en las cosas odiosas vienen tambien comprendidos los nietos. Con todo, debe hacerse uso de una demostracion general; puesto que no puede el póstumo demostrarse por un nombre, especie ó signo. Si aun actualmente los póstumos, y principalmente despues de la *Nov.* 115. *c.* 5. pueden ser desheredados lo veremos en otra parte.

« En España para que un póstumo pretc-
« rido rompa el testamento es necesario que
« nazca enteramente vivo, viva 24 horas y
« haya sido bautizado, y además que haya
« nacido dentro del tiempo legal, esto es,
« dentro de los diez meses despues de la
« muerte del padre, ó á los siete desde la ce-
« lebracion del matrimonio; pues de lo con-
« trario se reputa abortivo ó ilegítimo. *Ll.* 4.
« *y* 5. *tit.* 23. *P.* 4. *l.* 2. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov.*
« *Rec.* Además, debe advertirse que entre
« nosotros no pueden por causa ninguna ser
« desheredados los póstumos segun la *ley* 6.
« *tit.* 5. *P.* 5. Dicha *l.* 2. es anterior al de-
« creto de Nueva planta y por lo tanto no
« rije en Cataluña en donde seguimos el de-
« recho romano. »

TEXTO.

De quasi posthumis.

2. Postumorum autem loco sunt et hi, qui in sui hæredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui hæredes: ut ecce, si quis filium, et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, et eo modo jura suorum hæredem quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel hæredem instituere, vel nominatim exhæredare, ne non jure faciat testamentum: ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere, vel exhæredare, ne forte eo vivo, filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos, neptisve, quasi agnascendo rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provissum est: in qua similis exhæredationes modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.

TRADUCCION.

De los cuasi póstumos.

Están tambien en lugar de póstumos aquellos que sucediendo en lugar del heredero suyo se hacen cuasi naciendo herederos suyos de sus padres, como por ejemplo: si uno tiene en su potestad algun hijo y de él algun nieto ó nieta, como que el hijo le precede en grado, él solo tiene los derechos de heredero suyo, aunque tambien el nieto ó nieta de él habidos estén en la misma potestad. Mas si el hijo durante la vida del padre muriese, ó de cualquier otro modo saliese de su potestad empieza el nieto ó nieta á suceder en su lugar, consiguiendo de esta suerte por el cuasi nacimiento los derechos de los herederos suyos. Para que pues no se rompa de este modo su testamento, así como es preciso que se instituya heredero ó desherede espresamente al hijo para que no haga el testamento contra lo que dispone el derecho, así tambien debe instituir ó desheredar al nieto ó nieta habidos del hijo, para que si durante su vida muriese este, sucediendo en su lugar el nieto ó nieta, no rompan cuasi naciendo el testamento. Y esto se dispuso así por la ley Jul. Vell. en la que se esplica un modo igual de desheredar á semejanza de los póstumos.

NOTAS.

2. *Quamvis nepos quoque*). §. 2. *inf. de hær. quæ ab inf. de her. qual.* Y por lo tanto subsiste el testamento del abuelo, aun cuando se haya preterido á este nieto, si el abuelo muriese viviendo aun el hijo, y no siendo este capiteminuido, *l.* 6. *pr. de inj. rupt. l.* 7. *si tab. test.*

In ejus locum succedere). Esta sucesion es una especie de nacimiento á causa de que por ella entran en lugar del heredero suyo.

L. Jul. Vell.) El capítulo segundo de dicha ley, referido en dicha *l.* 29. §. 30. lo interpretaron Cayo en dicha *l.* 13. y Justiniano aquí. En el caso de dicha *l.* 29. §. *pen.* que no se refiere especialmente á ninguno de los capítulos de la ley, Juliano

introdujo tambien que no se rompiese el testamento mezclando, por decirlo asi, sus dos capítulos. Muy bien se esplica Fabroto en sus notas á Teófilo.

COMENTARIO.

1. *Varias especies de los cuasi póstumos.*
2. *Quiénes rompen el testamento naciendo, y quiénes sucediendo ó cuasi naciendo?*
3. *Porqué se ha concedido mas derecho á la nieta cuasi póstuma que á la hija ó al nieto que al tiempo del testamento es el mas próximo en grado del abuelo?*
4. *Derecho antiguo acerca la institucion y desheredacion de los postumos.*
5. *Qué es lo que Galo-Aquilio estableció acerca la institucion del nieto póstumo?*
6. *Que es lo que la L. Vell. permitió, que no estuviese ya permitido por derecho mas antiguo?*

1. Si alguno quiere escribir *postumus*, sin *h* puede hacerlo en cuanto á mi, como lo hace Cujacio *L.* 3. *obs.* 4. y en sus *coment. á la L. Gal.* 29. *h. t.* Debe saberse, empero, que entre los antiguos se llamaban póstumos propiamente, aquellos que nacen despues de la muerte del padre segun Ulp. *L.* 3. §. 1. *d. inj. test.* Varron *lib.* 4. Fest. *lib.* 15. Plutarco tambien en la vida de Sila como tambien en la de Coriolano escribe que los romanos llamaron póstumos τοὺς ὕστερον τῆς πατέρων τελευτῆς γενομένους, esto es, á los nacidos despues de la muerte de sus padres. Y por esta razon les llaman los intérpretes griegos, κυοφορούμενοι, que están en el vientre; porque al tiempo de la muerte de sus padres estaban en el útero. Mas despues de la *L. Jul. Vell.* en virtud de la cual todos los demás descendientes, nacidos durante la vida del ascendiente testador, deben ser instituidos herederos ó desheredados, para que cuasi naciendo ó sucediendo no rompan el testamento, á la manera de los póstumos; empezaron á distinguirse dos especies de estos: una de aquellos que propia y verdaderamente son y se llaman tales, á saber, aquellos que nacen despues de la muerte de sus padres; y otra de los que solo lo son impropiamente y *secundum quid;* esto es, respectivamente al efecto de romper el testamento, en caso, que no fueren instituidos ni desheredados, y á los que podemos dar el nombre de cuasi póstumos ó póstumos Veleyanos. Tambien en aquellos que son adoptados despues de hecho el testamento (a), en aquellas mugeres que recaen en la potestad de sus maridos y en el hijo que vuelve á la de su padre despues de la primera ó segunda manumision, se halla cierta semejanza con el nacimiento de los herederos suyos, y si fuesen preferidos rompen el testamento á la manera de los póstumos, Ulp. *tit.* 23. §. 2. Cay. *lib.* 2. *tit.* 3. §. 4. *ley filio* 23. *h. t. y* §. 1. *inf. quib. mod. test. inf.* Tambien hay el póstumo Corneliano; á saber, aquel que ha nacido en la ciudad despues de haber sido el padre hecho prisionero por los enemigos, del cual se habla en la *l.* 15. *d. inj. rup. test. l. qui bona* 22. §. *ult. de capt. et postl.* Antonio Fabro 10. *conj.* 9. *y* 10., en donde examina si este póstumo puede tambien llamarse Veleyano. Este lugar está casi literalmente copiado de Cayo *l.* 13. *de inj. rup. test.*

2. *In sui hæredis locum succedendo, quasi agnascendo*). Los nietos preteridos que nacen despues de hecho el testamento, y despues de la muerte de su padre, viviendo aun el abuelo testador, rompen el testamento; no sucediendo en lugar del padre y del heredero suyo, sino naciendo; pues nacen ya herederos suyos, no se hacen tales por la sucesion. Y por lo tanto, pertenecen al primer capitulo de la ley Veleya, del que no trata aquí el emperador. Aquellos, empero, de los que se habla en este lugar y en dicha ley trece, á saber, los que en el tiempo en que el abuelo hizo el testamento habian ya nacido; pero que no tenian el derecho de herederos suyos á causa de que se lo impedia su madre que lo era; estos, digo, si fueren preteridos, y si su padre durante la vida del abuelo dejare de ser heredero suyo romperán el testamento sucediendo; esto es, entrando en el lugar de su padre premuerto ó emancipado, no naciendo, (puesto que esto no puede decirse propiamente de aquellos que han nacido antes del testamento) sino cuasi naciendo á causa de que sucediendo en lugar del heredero suyo adquieren ellos los derechos de tal, de modo que así como se considera como póstumo ó en lugar de tal aquel que sucede en los derechos del heredero suyo, así tambien su sucesion se considera como una especie de nacimiento. Aquellos pertenecen al primer capítulo de la ley Veleya, *l.* 29. §. 12. *h. t.*, y estos al segundo, dicha *l.* 29. §. 15. *l.* 13. *de inj. rup.*

Quia filius gradu præcedit). En la persona del hijo no puede suceder como en la del nieto que esté en la potestad del abuelo y á pesar de esto no sea heredero suyo, á causa de que el padre le precede en la sucesion; pues para que uno tenga el derecho de heredero suyo no basta que esté en la potestad si á propio tiempo no es el mas próximo en gra-

(a) L. 20. tit. 1. Part. 6.

do del difunto; esto es, que nadie le preceda en su órden, §. 2. *inf. de hæred. qual. et diff.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* y por esta razon el nieto á quien precede el padre no debe ser desheredado por el abuelo sino que subsiste el testamento de este en que se pretirió al nieto, si el abuelo muriese durante la vida del hijo, y permaneciendo este en el mismo estado, *l.* 6. *in pr. de inj. rup. l.* 7. *unde lib.*

Sed si filius vivo eo moriatur). Salido el hijo de la familia, desde luego el nieto de él nacido sucede en el lugar y grado del mismo, y al suceder consigue por el cuasi nacimiento el derecho de heredero suyo en la familia del abuelo; por lo que, si en dicho tiempo se hallase preterido, á ejemplo del póstumo romperá el testamento. De ahi es, que si aquel que tiene en su potestad á un hijo y á un nieto de este habido quiere hacer testamento con toda seguridad, es necesario que á la manera del hijo instituya tambien heredero ó desherede á este nieto, de otra suerte, si aconteciere que durante la vida del padre muriese el hijo, ó de cualquier otro modo saliese de la familia, ocupando el nieto desde luego el lugar de su padre, romperia el testamento.

3. *Ita et nepotem neptemve ex filio*). Asi pues, se concede mayor derecho á esta nieta que á la hija, la cual por derecho antiguo, aunque fuese preterida no rompia el testamento, *sup. eod. in pr.* Para que esto no parezca estraño á alguno, debe advertirse que aquí se trata de aquella nieta á la cual, al tiempo de hacerse el testamento la precedia el padre, y que despues sucedió en su lugar á manera de póstumo. Asi es que lo mismo que se observaba respecto de la hija póstuma, esto es, que si era preterida rompiese el testamento, debia tambien hacerse estensivo á esta nieta, como á cuasi póstuma por una razon igual de humanidad; á saber, porque es creible que el abuelo la hubiera nombrado heredera, si al tiempo de hacerse el testamento se hubiese hallado con respecto á él en primer grado. La misma razon hay para que esta nieta sea de mejor condicion que el nieto que al tiempo de hacerse el testamento es el mas próximo en grado del abuelo; lo que no habiendo Viglio advertido creyó que al principio de este título se referia el derecho antiguo, que despues fué derogado por la ley Veleya, equivocándose en esto manifiestamente. Tambien debe advertirse que la partícula *nominatim* que se encuentra en la primera parte de esta comparacion, no se halla en la segunda, como tampoco en dicha ley 13. *de inj. rup.*; lo que se ha hecho de propósito, para dárnos á entender que la nieta se compara en la desheredacion con el hijo por lo que hace á la necesidad, pero no por lo relativo á la cualidad ó modo de desheredar; pues entrando la nieta habida del hijo en lugar de su padre adquiere los derechos de póstuma, y debe bastar el que se la desherede indefinidamente, aunque dejándosela un legado; puesto que la hija póstuma ya no tiene otro derecho. Lo que el emperador dijo al fin del párrafo precedente prueba que el nieto á quien se concedió el derecho de póstumo debe ser desheredado de la misma manera que el hijo.

4. *Leg. Jul. Vell. provisum est.*) Scévola en la *l. Gallus* 29. §. 11. *et segg. h. t.* nos manifiesta que fueron dos los principales capítulos de esta ley. En el uno de los cuales se permitió que pudieran instituirse los póstumos agenos, con tal que nacieran suyos durante la vida del testador. Y en el otro se dispuso que los nietos que sucedian en lugar del heredero suyo no rompiesen el testamento, si hubiesen sido en él instituidos ó desheredados. La explicacion de cuyo segundo capítulo nos dá Justiniano aquí sacándola de Cayo, *l.* 13. *de inj. rup. test.* Nada, empero, deduciriamos de aqui, si no supiéramos por qué causa se dió acerca de esto la ley Vell., y qué es lo que la misma permitió, que no estuviese ya permitido por derecho mas antiguo. En pocas palabras explicaré lo que me parece acerca de este punto bastante obscuro. Habiéndose por la ley de las doce tablas dispuesto que *Uti quisque legassit suæ rei ita jus esto l.* 120. *de verb. sig.* los prudentes interpretaron aquellas palabras de la ley *uti legassit* por todo lo que uno séria y deliberadamente dispusiere, ordenare ó mandare sobre lo que despues de su muerte quiere que se haga de sus cosas ó bienes; pues pareció absurdo tener por la ley y considerar válida la voluntad del testador que no fuese séria y deliberada. De ahi es que segun el espíritu de la ley las personas inciertas; es decir, aquellas que el testador designó sin saber quienes eran, ni podian ser instituidas herederas ni adquirir legado ninguno por testamento, §. 25. *d. legatis inf. Ulp. tit.* 22. §. 3., en donde da tambien la razon de esto, diciendo que debe ser cierta la resolucion del testador. De aquí finalmente se deduce que segun la misma ley tampoco pudo ser instituido heredero aquel que estaba en el útero, puesto que tambien se considera persona incierta á causa, segun creo, de que es incierto aun si nacerá ó no, si será varon ó hembra, y si nacerán uno ó muchos. Y

aunque por lo que hace á la sucesion legítima, el póstumo se considera siempre como ya nacido, *l. pen. d. statu hom.*, con todo, por la razon que dijimos, no se observaba esto en la sucesion testamentaria. Sucediendo, pues, de este modo que, ya hubiese sido instituido, ya desheredado ó preterido este póstumo que debia nacer heredero suyo del testador, rompia naciendo el testamento y destruia enteramente la voluntad del testador; poco á poco y con el objeto de conservar las últimas voluntades de los hombres, se introdujo por la discusion del foro que tambien en la sucesion testamentaria se considerasen por ya nacidos, y debiesen ser instituidos ó desheredados los póstumos suyos, esto es, aquellos que si naciesen al tiempo de hacerse el testamento se hallarian entre los herederos suyos, y lo romperian enteramente si se encontrasen preteridos: lo que Cayo da á entender en la *l.* 2. *t.* 5. §. 2. cuando al tratar de la institucion y desheredacion de los póstumos dice que en esta materia tambien los concebidos lejítimamente se consideran por nacidos. Respecto del póstumo ageno no se encontró razon ninguna para apartarse de lo dispuesto por el derecho antiguo; puesto que la institucion del mismo no es necesaria á causa de que su nacimiento nunca rompe el testamento. Como, empero, puede suceder que aquel que al tiempo del testamento es ageno, al del nacimiento sea suyo, y de esta suerte lo rompen (pues cuando se pregunta si el testamento se rompe por la agnacion se atiende no al tiempo de la concepcion sino al del nacimiento), por esta razon Galo Aquilio introdujo, (no dando una ley como malamente piensa Viglio, sino manifestando lo que nadie antes que él habia observado), que pudiesen tambien los póstumos nietos, que al tiempo de hacerse el testamento eran agenos; pero que salido su padre de la familia nacerian herederos suyos del abuelo, que pudiesen, decimos, ser instituidos herederos, á pesar de la ley que disponia no pudiesen serlo los póstumos agenos. A este objeto inventó la siguiente fórmula: *Sea heredero mi hijo. Si mi hijo muriese durante mi vida, entonces si dentro los diez meses inmediatos á la muerte de mi hijo y despues de la mia me naciese de él un nieto, sea este heredero, l.* 29. *h. t.* Se dirá que en este caso se instituye á un póstumo ageno. Concedo esto, si simplemente se le considera como á póstumo, porque si naciese al tiempo de hacerse el testamento no seria heredero suyo del abuelo testador; pero lo niego si se le considera como á póstumo Aquiliano, ó sea del modo como es instituido por Galo, quien difiere la institucion de este nieto para aquel tiempo en que será suyo: tal es la fuerza de la partícula *tunc* con la cual dá á entender el tiempo, *l.* 4. §. 1. *de cond. et dem.* Considero, pues, de este modo no es ageno sino suyo, y quedando salva la razon del derecho antiguo puede ser instituido segun la fórmula Aquiliana. Hasta la institucion del póstumo nacido durante la vida del testador era inútil; puesto que como solo podian ser instituidos los póstumos en cuanto lo exijia la necesidad y el favor que se dispensaba á los testamentos, no parecia ser necesaria la institucion de aquellos que nacen durante la vida del testador; pues aunque tambien ellos rompen el testamento; con todo es lícito al testador hacer otro y disponer de sus cosas como quisiere. Ni aquel póstumo que era ageno al tiempo de hacerse el testamento podia ser instituido puramente; pues que Galo no introdujo que pudiera hacerse esto, ni hubiera podido introducirlo quedando salva la razon del derecho. Finalmente, la institucion del nieto nacido antes de hacerse el testamento no impedia que sucediendo despues en lugar del padre, salido de la familia, rompiese el testamento. Tal vez acaso de que pareció no bastaba haber sido instituido como extraño aquel que al tiempo de la muerte del testador se encuentra siendo suyo.

6. Posteriormente tambien se miró por la validez de estos testamentos por la ley Julia Veleya, la cual segun ya antes dijimos, tuvo dos capítulos; de los cuales el primero permite la institucion de aquellos póstumos que si nacieren durante la vida del testador serian herederos suyos del mismo, de suerte que pueden ser instituidos puramente, y en el segundo que los nietos ya nacidos al tiempo de hacerse el testamento sucediendo durante la vida en lugar del heredero suyo no rompan aquel testamento en que los mismos son instituidos ó desheradados, *d. l.* 29. §. 11. *y sig. h. t.* Aquel que deseare saber mas acerca de esto vea los comentarios que sobre dicha ley han compuesto los varones doctísimos Salomon, Goveano, Cuyacio, Duareno y Alciato, *lib.* 3. *paradox.* 2. *et seqs.* Vinn. De paso advierto aqui que esta ley propiamente no se llama Julia Veleya como en este párrafo y en Ulp. *tit.* 22. §. 19. hallamos escrito: sino Junia Veleya *l.* 10. §. 2. *ff. de testam. tut. l.* 15. *ff. de inj. rup. test.* Sus autores fueron Junio Silano y Veleyo Tutor; Cónsules á quienes se atribuye tambien el Senado-consulto Veleyano, *l.* 2. §. 1. *ff. ad. S. C. Vell.* Hein.

« En España aunque los nietos no están « bajo la potestad del abuelo segun vimos « mas arriba en el párrafo tercero de la pá« tria potestad, deberán con todo ser insti« tuidos herederos ó desheredados por aquel « si el padre de los mismos ha muerto du« rante la vida del abuelo, á causa de que en « esta materia se prescinde entre nosotros del « vínculo civil de la potestad pátria segun « luego diremos en el §. 5. *de este tit.* »

TEXTO.

De emancipatis.

3. Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere neque exhæredare necesse est: quia non sunt sui hæredes. Sed prætor omnes tam fœminini sexus, quàm masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet; virilis sexus nominatim; fœminini verò inter cæteros, quia si neque hæredes instituti fuerunt, neque ita, (ut diximus), exhæredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.

TRADUCCION.

De los emancipados.

Por el derecho civil no es necesario instituir herederos ni desheredar á los descendientes emancipados, porque no son herederos suyos: mas el Pretor manda, en caso que no se instituyan herederos, desheredar á todos, tanto á los del sexo femenino como á los del masculino; á los de este expresamente, á los de aquel, empero, entre otros, porque si no fueron instituidos herederos ni desheredados, segun dijimos, el pretor les promete la posesion de bienes contra las tablas del testamento.

COMENTARIO.

1. *Los emancipados fueron llamados por el pretor á la posesion de bienes bajo cierto pretesto de suidad.*
2. *El pretor siguió en el modo de desheredar la distincion del sexo y grado que hizo el derecho civil.*
3. *No es absurdo el que las hijas emancipadas fuesen de mejor condicion por derecho pretorio que las no emancipadas por derecho civil.*

Quia non sunt sui hæredes). Los descendientes emancipados salen de la familia y potestad del padre, §. 6. *sup. quib. mod. jus. pat. pot. solv.*, y de este modo hechos dueños de sí mismos empiezan á tener una familia propia, *l.* 195. §. 2. *de verb. sig.* Asi que, pierden todos los derechos que antes tenian en la familia del padre dejando de ser herederos suyos y agnados, que son los únicos que la ley llama á la sucesion intestada á causa de la conservacion de las familias. Y finalmente, se reputan por el derecho civil como agenos y extraños, *L.* 6. §. 1. *de bon. poss. l.* 7. *d. cap. min.* §. *infra de hæc. qual.* §. 9. *infra d. hæred. quæ ab. int.* De aquí se sigue que por derecho civil no tiene el padre necesidad ninguna de instituir ó desheredar á los descendientes emancipados, y que por la pretericion de estos no se hace injusto ni nulo el testamento.

1. *Prætor si hæredes non instituantur exhæredari jubet*). Aunque por derecho civil pierden sus derechos aquellos descendientes que por la capitis diminucion; esto es, por la emancipacion dejaron de ser herederos suyos, con todo, el pretor movido por la equidad natural, y fundándose en parte en una razon civil (puesto que los emancipados no son menos descendientes por naturaleza, ni menos procedentes de varon, lo que atiende tambien en parte el derecho civil, que los no emancipados) rescinde su capitis diminucion, *l.* 6. §. *de bon poss.* Y si hubiesen sido preteridos en el testamento les promete la posesion de bienes contra las tablas del mismo, *l.* 1. y á cada paso en el *tit. de bon. poss. cont. tab.* Y les llama ab intestado en union con los herederos suyos á la posesion de bienes *unde liberi*, §. 9. *inf. de hæred. ab int. d. l.* 6 §. 1. Asi pues, consiguiendo en los efectos del derecho y por beneficio del pretor, lo mismo los emancipados que los suyos (pues la posesion de bienes en la realidad y en los efectos del derecho en nada se diferencia de la herencia *l.* 1. *l.* 2. *ed bon. poss.*) por esta razon dice que el pretor manda tambien instituir ó desheredar á los descendientes. Y debe notarse lo que el jurisconsulto dice en dicha *l.* 6. §. 1. que el pretor rescinde la capitis diminucion de los mismos despues de la muerte del padre. De donde deducimos que los emancipados eran llamados por el pretor no simplemente como á tales, sino bajo cierto pretexto de suidad, como que nunca hubiesen salido de la potestad; pues rescindida la capitis diminucion son en cierta manera restituidos á su íntegro y primitivo estado: véase la *l.* 5. §. 5. *cont. tab.* y allí la glosa.

2. *Fœminini sexus inter cæteros*). Cuyacio, Hotomano y Wesembecio ponen *et inter cæteros*, lo que me parece mejor; como que dijese el emperador, ó expresamente ó entre otros, ó segun Ulpiano, *tit.* 22. §. 23. *á los varones espresamente y á las hembras tambien entre otros.* Es decir, que el pretor quiso conservar en el modo de desheredar la diferencia que hacia el derecho civil por razon del sexo, y sin duda tambien la que el mismo derecho hacia por razon del grado, de lo que se trata al *pr. de este tit*,

Sin embargo, aparece que las hijas emancipadas fueron por derecho pretorio de mejor condicion de lo que las no emancipadas lo eran por derecho civil; puesto que aquellas, en caso de ser preteridas, rescindian enteramente el testamento por derecho pretorio. Estas, empero, no lo rescindian, sino que tan solo acrecian por derecho civil en una determinada porcion en union con los herederos escritos, lo que de ningun modo es absurdo aunque asi lo piense Bacovio; puesto que las hijas que estaban en la patria potestad, en caso de ser preteridas, además del derecho de acrecer que la ley civil les concedia, tenian por derecho pretorio el mismo derecho que las emancipadas (en lo que se equivocó Bacovio segun mas arriba manifestamos), y anulaban enteramente el testamento. Con todo, despues de la constitucion de Antonino por la posesion de bienes *contra tabulas* no conseguian mas de lo que por la ley civil adquirian por medio del derecho de acrecer, *l. ult. al pr. Cod. de lib. præt.* Y es muy verosimil que despues de dicha constitucion las emancipadas no adquirian mas por la referida posesion de bienes de lo que hubieran recibido si hubiesen permanecido en la potestad; lo que tambien Teófilo aseguró como cierto.

Promittit). De este modo debe leerse y no *permittit*, *l. 7. Cod. com. de succ. En* las Basilicas se lee [illegible] decir promete (el Pretor, se entiende), á los mismos la posesion de bienes contra las tablas. El testamento en que ha sido preterido el emancipado subsiste por derecho civil y por el pretorio, y por lo tanto el pretor no concede al emancipado preterido la posesion de los bienes ab intestato *unde liberi* como al preterido que está en la potestad, por cuanto semejante testamento por derecho civil, no subsiste, sino que se rescinde el testamento del padre dándose la posesion de bienes *contra tabulas, l. 1. d. leg. præt. cont. tab.*, sin que los emancipados preteridos tengan otro remedio. La razon, empero, porque el Pretor lo concede tambien á los suyos en caso de ser preteridos á pesar de que pueden suceder ab intestato ó por derecho civil ó por el edicto *unde liberi*, la diremos en su respectivo lugar, *tit. de bon poss. lib. 3.* Que se dá, lo prueba bastantemente que semejante testamento no es nulo por derecho pretorio; pues este remedio es rescisorio por su naturaleza. Aquello, empero, que es nulo no puede rescindirse, *l. 5. d. inj. rup. test.*, sobre lo que hablamos con mas extension al principio de este titulo.

*** Por lo que hace á nuestra España véase «lo que decimos mas abajo en el §. 5.»

TEXTO.

De adoptivis.

4. Adoptivi liberi, quandiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque hæres instituendi vel exhæredandi sunt secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati verò à patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse sit: cùm verò emancipati fuerint ad adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si à naturali patre emancipati fuerint.

TRADUCCION.

De los adoptivos.

Los descendientes adoptivos, mientras están en la potestad de su padre adoptivo se consideran de la misma condicion que los habidos de legítimo matrimonio, y por lo tanto deben ser instituidos herederos ó desheredados segun lo que dijimos de los naturales. Despues de emancipados, empero, por el padre adoptivo, ni por derecho civil, ni por aquel que se refiere al edicto del Pretor son contados entre los descendientes. Por esta razon sucede por el contrario que por lo relativo al padre natural, mientras están en la familia adoptiva se consideran como extraños, de modo que no es necesario instituirles herederos ni desheredarlos; mas luego que fueron emancipados por el padre adoptivo empiezan á ser de la misma condicion que hubieran sido á haber sido emancipados por el padre natural.

NOTAS.

4. *Ejusdem juris*). Los habidos fuera de matrimonio no pertenecen aqui, pero si los lejitimados, §. 9. *inf. de hæred. ab. int. Nov.* 89.

Neque jure civilis, etc.). No por derecho civil, porque dejan de ser herederos suyos, ni tampoco por el pretorio porque pierden á la vez el nombre de descendientes, *l. 4. si tab. test. l. 1. §. 6. l. 5. §. 2. cont. tab.*

Extraneorum numero). Solo son admitidos por el pretor ab intestato en tercer lugar en el órden de los cognados, §. 13. *inf. de hæred. ab int. l. 1. §. 4. unde cog.*

Cum vero emancipati, etc.). Esto es, emancipados durante la vida del padre natural, §. 20. *inf. d. t.*; pues en este caso para que no se viesen privados de la sucesion de entrambos padres quiso el pretor que recobrasen el derecho natural de hijos, *l. 4. si tab. test.*

COMENTARIO.

1 *Adviértese un grande error de Hotomano.*
2 *Por la emancipacion se disuelven enteramente los derechos de los hijos adoptivos.*
3 *Los adoptados mientras están en la familia adoptiva no tienen el derecho de hijos en la del padre natural.*
4 *Los emancipados por el padre adoptivo recobran el derecho de la familia natural que por beneficio del Pretor tienen los emancipados.*

Dando la adopcion á los hijos adoptivos el derecho y nombre de hijos de familia y herederos suyos, lo propio que la naturaleza á los naturales, *l. 1., y á cada paso en el título de adop.* §. 2. *inf. de hæred, quæ ab. int. l.* 3. *Cod. de suis et leg.* se sigue de aquí que aquellos, no menos que estos deben ser instituidos herederos ó desheredados, y que en caso de ser preteridos tienen el mismo derecho que los naturales de invalidar el testamento de sus padres, *l.* 2. *in pr. cont. tab.* Por hijos naturales entendemos aquí los nacidos de legítimas nupcias; pues así se llaman estos casi siempre cuando se comparan con los adoptivos, segun advertimos mas arriba al principio del título de adopciones. No obstante, los legitimados tambien vienen comprendidos en los naturales, por cuanto se les conceden absolutamente los mismos derechos que tienen aquellos que desde un principio han nacido de legítimo matrimonio, *d.* §. 2. *inf. de hæred. ab intestato, Nov.* 89. De ellos se ha hablado en el §. *ult. sup. de nup.*

Secundum ea quæ de naturalibus exposuimus). Así pues, los hijos adoptivos deberán ser desheredados expresamente y las hijas y nietos entre otros. Del mismo modo en caso que fuere preterido el hijo adoptivo ó malamente desheredado será nulo *ipso jure* el testamento. Pero aunque las hijas ó los nietos fueren preteridos subsistirá válido el mismo, concediéndose á dichas personas el derecho de acrecer á los herederos instituidos en la misma porcion en que acrecen las hijas y los nietos naturales, cuando fueren preteridos, conforme á lo que se ha dicho al principio de este título. Algun tanto negligente pues anduvo Hotomano cuando pensó que la hija adoptiva tuvo mas derecho que la natural como que la pretericion de la primera rompiese el testamento y no la de la segunda por la *l.* 8. *in pr. de inj. rup. test.* De otro modo, hubiese visto á buen seguro que Ulpiano habla en dicho lugar, no de la pretericion de aquella hija que ya habia sido adoptada por el testador antes de que hiciese testamento, sino de la de aquella que habia sido adoptada ó arrogada despues del mismo, la que teniendo el derecho de póstuma y no haciéndose en los póstumos distincion de sexo por lo respectivo á romper el testamento, §. 2. *sub. eodem*, rompe el testamento como por el cuasi nacimiento de un heredero suyo.

2. *Emancipati á patre adoptivo neque jure civili, etc.*) Los derechos de los hijos adoptivos solo duran mientras subsiste la adopcion; pero disuelta esta por la emancipacion no tienen ya derecho ninguno, considerándose enteramente extraños con respecto al que en otro tiempo fué su padre adoptivo; ya se atienda al derecho civil, pues dejaron de ser herederos suyos, ya al honorario, pues perdieron hasta el nombre de hijos, de modo que cesa la razon natural y la equidad del edicto, *l. 4. unde liberi, l.* 1. §. 6. *l.* 3. §. 2. *cont. tab.* Así pues, aun cuando sean preteridos en el testamento no son admitidos *contra tabulas*, *h. tex. y* §. 12. *inf. de hæred quæ ad int.*, ni ab intestato á la posesion de bienes *unde liberi*, *l.* 1. §. 6. *d. l.* 1. *unde lib.* §. 11. *y d.* §. 12. *inf. de hæred. quæ ab int.*

3. *Quamdiu sunt in adoptiva familia extraneorum numero*). Los hijos adoptivos mientras están en la familia adoptiva no tienen el derecho de hijos en la del padre natural, sino que con respecto á este se consideran entre tanto como extraños, no solo por derecho civil sino tambien por aquel que pertenece al edicto del pretor; pues este creyó que tenian bastante ya en la familia del padre adoptivo, á quien suceden por derecho civil, con qué resarcir el perjuicio que sufren en los bienes del padre natural; pues seria absurdo que tuviesen un mismo derecho y para el efecto de suceder en los bienes de dos padres: por lo que, si aquellos que están en la familia adoptiva al tiempo de la muerte del padre natural fueren preteridos, ni por derecho civil podrán anular el testamento, ni por derecho pretorio pedir la posesion de bienes *contra tabulas*, ni ser admitidos como descendientes ab intestato, §. 10. *y sig. inf. de hæred. ab. int. l. ult. unde lib.*, sino que tan solo lo serán como á cognados en el tercer órden, §. 13. *d. tit.*

4. *Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre tunc incipiunt, etc.*) Como que los emancipados por el padre adoptivo no conservan derecho ninguno en la familia del mismo, segun poco há se ha dicho, para que no queden privados de la sucesion de entrambos padres quiso el pretor que recobrasen el derecho de la familia natural, *d. l. 4. unde lib.*; esto es, que se considerasen de la misma condicion que si hubiesen sido eman-

cipados por el padre natural y verdadero, y como que hubiesen permanecido siempre en un estado tal que á no haber sido instituidos ó desheredados podrian pedir la posesion de bienes *contra tabulas*. Ni hay diferencia ninguna entre que sea el dado en adopcion por el padre natural, ó el emancipado por este que despues se dió en arrogacion, quien sea emancipado de nuevo por el padre adoptivo, con tal que este se verifique durante la vida del natural.

TEXTO.

Jus novum.

5. Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra verò constitutio inter masculos et fœminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreationem simili naturæ officio fungitur, et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et prætores postea sequuti esse videntur: ideo simplex ac simile, jus et in filiis et in filiabus et in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis sed etiam posthumis, introduxit; ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: et eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda et hæreditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.

TRADUCCION.

Derecho nuevo.

Así lo disponia la antigüedad; nuestra constitucion, empero, creyendo que en esta materia no habia diferencia ninguna entre los varones y las hembras porque las personas de entrambos cumplen en la procreacion de los hombres, un deber igual de la naturaleza, y siendo por la ley antigua de las doce tablas llamados todos igualmente á la sucesion intestada, lo que parece siguieron tambien posteriormente los pretores, por esta razon introdujo un derecho sencillo y semejante en los hijos, hijas y demás personas descendientes por parte de varon, no solo nacidas, sino tambien póstumas, de suerte que todos ellos, ya sean suyos ya emancipados deban ser instituidos herederos o expresamente desheredados, y tengan el mismo derecho de invalidar los testamentos y de adquirir la herencia de sus padres que tienen los hijos suyos ó emancipados, ya sean nacidos, ya estando aun en el útero naciesen despues. Respecto de los hijos adoptivos, empero, introdujimos una division que se halla en la constitucion que sobre los mismos promulgamos.

NOTAS.

Nostra constitutio). *L. 4. Cod. h. t.*, de la cual ha de sacarse la interpretacion de este párrafo.

Lege duodecim tabularum). *L. 14. eod. d. legit. hæred.*, en donde se explica esto mismo casi con las mismas palabras.

Per virilem sexum). Puesto que en la materia de la institucion y desheredacion, así por derecho pretorio como por el civil los descendientes se consideran extraños respecto de la madre y abuelo materno, *inf.* §. *ult.*

Ut omne). Así las hijas, nietos y nietas como los hijos, y tanto los que han de nacer aun como los ya nacidos. Derógase, pues, aquí la diferencia que por razon del sexo y grado se hacia así en los suyos, *sup. in pr.* como en los emancipados, *sup.* §. 3.; tanto en los ya nacidos como en los póstumos, §. 1. *sup.*; mas no se deroga la que habia entre los suyos y los emancipados; esto es, que estos no se igualan á aquellos, de suerte que tambien por su pretericion se anule el testamento.

In utero constituti). De manera que las hijas póstumas no expresamente desheredadas rompan el testamento, aun cuando se les hubiese dejado un legado, lo que no sucedia así por derecho antiguo, §. 1. *sup.*

COMENTARIO.

1. *Derogacion de la diferencia que habia por razon del sexo en los efectos de la pretericion y en el modo de la desheredacion de los descendientes.*
2. *Equiparacion de los mismos efectos por razon del grado.*
Derogacion de la diferencia que en la misma materia habia por razon del sexo entre los póstumos
4. *Se equivocan aquellos que piensan que por este párrafo se quita toda diferencia entre los suyos y los emancipados.*
5. *Qué es lo que Justiniano introdujo de nuevo respecto de los hijos adoptivos?*

Hasta aquí se ha tratado del derecho antiguo. Síguese ahora el nuevo introducido por la constitucion de Justiniano, que se halla en la *l. ult. C. h. t.* En esta constitucion derogó la diferencia que en esta materia habia antiguamente entre los diversos sexos y grados de los descendientes, y entre los nacidos y póstumos; mandando que todos, ya sean varones ó hembras, hijos ó nietos, nacidos ó por nacer, deban ser igualmente instituidos ó desheredados; ya se trate del derecho civil, ya del pretorio. Tres causas pone aquí, las que dice le indujeron á establecer este nuevo derecho; todas las que pueden reducirse á una, á saber, el favor que se dispensa el sexo débil.

Quia utraque persona simili naturæ officio). La primera razon de introducir este nuevo derecho es porque las hembras de-

sempeñan igual deber que los varones en la procreacion de los descendientes, por cuya causa declama en su constitucion contra los autores de dichas diferencias, como que con ellas acusasen á la misma naturaleza. ¿Por qué, dice el Emperador, no los creó esta todos varones? Sin embargo, aun cuando concedamos que es cierto como efectivamente lo es que la naturaleza necesita igualmente de cada uno de los dos sexos para la conservacion del género humano, con todo esta razon no es de tanto peso que por ella debiese haberse mudado el derecho antiguo como inicuo. Y á la verdad no puede decirse que acuse á la naturaleza aquel que distingue los varones de las hembras por lo que hace á la sucesion testamentaria ó intestada de los padres; de otra suerte debiera tambien acusarse al mismo autor de la naturaleza porque mientras vive el hijo excluye á la hija de la sucesion del padre, *Núm.* 27. *v.* 8.; pues tambien hay muchas otras cosas y principalmente los derechos de familia y de agnacion en las que no es injusto que en la sucesion sean los varones de mejor condicion que las hembras.

Et legè antiqua duodecim tabularum omnes similiter). Hé aquí otra razon por la que argumentando de la sucesion intestada á la testamentaria recomienda la equidad de su nuevo derecho. Es sabido que la ley de las doce tablas no hacia en la sucesion intestada de los descendientes diferencia ninguna por razon del sexo; y que llamaba á las hijas no menos que á los hijos á la sucesion del padre muerto intestado, y hasta á los nietos y nietas que están en la potestad, si el hijo dejare de ser heredero suyo, *l.* 1. §. 2. *y* 4. *de suis et leg.* §. 2. *y* 6. *de hæred. ab. int.* Y con todo, la distincion entre el sexo y grados en caso que se hubiera hecho testamento viene de la razon de la misma ley, *arg. l.* 8. §. 1. *de inj. rup. test.*; y á la verdad, mas es destruir el testamento que tener el derecho de suceder ab intestado. Dice *lo que despues parece que siguieron los pretores*. Esto es, al dar la posesion de bienes ab intestato; pues que en el caso de haberse hecho testamento el pretor no daba la posesion de bienes *contra tabulas* á las hijas desheredadas entre otros, como tampoco la daba a las emancipadas, ó á las hijas póstumas á las que habiéndoselas desheredado entre otros se les habia señalado un legado §. 1. *y* 3. *l.* 8. *in pr. cont. tab.*

1. *Et in filiis et in filiabus et in cœteris, non solum jam natis sed etiam posthumis*). Con estas palabras se quita toda la diferencia que por derecho antiguo habia en los efectos de la pretericion y en el modo de desheredar segun se ha esplicado en los párrafos precedentes. Y en primer lugar se igualan los descendientes de entrambos sexos (perteneciendo esta equiparacion así al derecho civil como al pretorio), y se manda desheredar expresamente tanto á las hijas como á los hijos en caso que no se les instituya, concediéndose á los preteridos ó no expresamente desheredados el mismo derecho de invalidar el testamento del padre que tienen los hijos suyos ó emancipados cuando son preteridos ó no expresamente desheredados; aquellos por derecho civil, y estos por el pretorio. A las hijas, pues, que están en la potestad, si fueren preteridas se les concede el derecho de reclamar la nulidad del testamento, y á las emancipadas el de destruirlo por medio de la posesion de bienes *contra tabulas*. Así, pues, lo que al principio de este título se dijo de que en caso que las hijas que estaban en la potestad hubiesen sido preteridas el testamento no era nulo, sino que quedando el mismo subsistente acrecian en cierta porcion á los herederos escritos, se deroga aquí mandándose que en este caso el testamento se invalide. Tambien se deroga lo que en el mismo lugar se refiere de que pudieron estas hijas ser desheredadas entre otros, á saber, para el efecto de que por derecho civil quedasen excluidas del derecho de acrecer, y por el pretorio de la posesion de bienes contra el testamento, *l.* 8. *cont. tab.*, sin que les quedase otro remedio que la querella inoficiosa, *arg. d. l.* 8. y §. *ult. inf. h. t.*; pues despues de la constitucion de Justiniano, aun cuando sean desheredadas si no lo fuesen expresamente, sino entre otros, el testamento no subsistirá por derecho civil mas de lo que subsistiria en el caso en que fuese desheredado un hijo entre otros; y tendrán como á preteridas el remedio pretorio de que hice mencion, cesando la querella inoficiosa, *d. l.* 8. §. 2. *cont. tab.* §. 2. *inf. de inoff. test.* Finalmente, tambien se deroga aquello de que antiguamente para negar á las hijas emancipadas la posesion de bienes *contra tabulas* le bastaba al pretor que hubiesen sido desheredadas entre otros; pues actualmente deben ser admitidas como á preteridas á la manera de los hijos emancipados á quienes, caso de no ser expresamente desheredados, consideró tambien antiguamente el pretor por preteridos, §. 3. *sub. eod.*

2. En segundo lugar, se quita la diferencia que habia por razon de los grados, y los descendientes del segundo y ulteriores se igualan á los del primero; esto es, los nie-

los y demás descendientes por parte de varon á los hijos; lo que se hace extensivo á entrambos derechos. Por consiguiente, á la manera de los hijos suyos, tambien los nietos y demás descendientes suyos deberán ser instituidos ó expresamente desheredados, y en caso que fuesen preteridos ó no expresamente desheredados, el testamento será nulo *ipso jure*, de la misma manera que si hubiese sido preterido ó no expresamente desheredado un hijo que estaba en la potestad; cesando el derecho antiguo de acrecer, que quedando subsistente el testamento se daba tambien á los nietos suyos que eran preteridos, *d. pr. h. t.*; y el pretor actualmente considera á los generalmente desheredados como á preteridos. Por último, de la misma manera que al hijo emancipado no instituido ni expresamente desheredado le concede el pretor la posesion de bienes *contra tabulas*, así tambien la concede á los del mismo nacidos, porque el padre no les precede por la *l. 3. in pr. cont. tab.*

3. En tercer lugar, se quita la diferencia que habia entre nacidos y póstumos, y tambien la que por razon del sexo habia entre estos últimos, mandándose que tambien las hijas póstumas y los nietos habidos del hijo deban ser instituidos ó expresamente desheredados, lo propio que los descendientes ya nacidos y que los póstumos ya varones; y concediéndose á los hijos y á los nietos póstumos preteridos ó no especialmente desheredados el mismo derecho que tienen los póstumos varones; á saber, que rompan naciendo el testamento aun cuando se les hubiere dejado un legado; lo que no sucedia así por derecho antiguo, §. 1. *sup. eod.*; por cuyo derecho no dando el pretor la posesion de bienes *contra tabulas*, *d. l. 8. cont. tab.* era necesario en este caso á las póstumas la querella inoficiosa, §. 2. *de inof. test. inf.* Actualmente, empero, por derecho civil lo rompen como á preteridas, no siendo tampoco olvidadas por el pretor. Que este es el sentido de este lugar lo demuestra lo que sigue, y principalmente *d. l. ult. vers. sancimus et seq. C. h. t.*

4. *Ut omnes, sive sui, sive emancipati sint. etc.*) Alucinase Bart. en la *auth. ex causa C. h. t.*, y con él casi todos los intérpretes mas antiguos, quienes segun Curcio en *d. auth. n. 43.*, y Julio Claro §. *test. quest. 42. n. 2.* piensan que en este lugar se quita tambien toda diferencia entre los descendientes suyos y los emancipados. Efectivamente, es claro que con estas palabras, *para que todos, ya sean suyos, ya emancipados, tengan el mismo derecho que tienen los hijos suyos ó emancipados*, no se compara los emancipados con los suyos, sino los demás descendientes suyos con los hijos suyos tambien; los demás descendientes emancipados con los hijos emancipados; el sexo masculino con el femenino; el primer grado con los inferiores. Por consiguiente, se vé que Justiniano no quiso que los emancipados sin necesidad del ausilio del pretor fuesen de la misma condicion que los hijos suyos; sino que las hijas, nietos, nietas y demás descendientes por parte de varon fuesen de la misma condicion que los hijos; esto es, los suyos y suyas que los de su misma clase, teniendo el derecho que ellos tienen por derecho civil; y los otros y otras de la misma condicion que los emancipados concediéndoles el derecho que estos tienen por derecho pretorio; de manera que los suyos y suyas si fueren preteridos ó no expresamente desheredados destruyan el testamento *ipso jure* á la manera de los hijos suyos, y los otros á la manera de los emancipados lo destruyan por medio de la posesion de bienes *contra tabulas*. De cuyas palabras á poca diferencia se sirve el mismo Justiniano en dicha constitucion *vers. sancimus*. Taleleo en la *l. 1. §. 1. com. d. man.* dice: ***En casi todas las demás cosas no hay diferencia ninguna entre los descendientes.*** Καλῶς εἶπε· τὸ σχεδὸν, ἐπειδὴ, οἱ μὲν ὑπεξούσιοι, *praeteriti* γενόμενοι ἀφανίζουσι παντελῶς τὴν διαθήκην, οἱ δὲ *emancipati contra tabula* ἔχουσιν, es decir: *Dice muy bien que desde luego que los que están bajo la pátria potestad se encuentran preteridos destruyen enteramente el testamento, mas los emancipados tienen la posesion* contra tabulas. En nada favorece á Bartolo el que uno de los motivos impulsivos de Justiniano para establecer el nuevo derecho fuese el derecho sencillo é igual de los descendientes en la sucesion intestada, antes al contrario; pues en dicha sucesion, así como la ley de las doce tablas no distinguia de sexo ni grado en los suyos, ni el pretor en los emancipados, así ahora quiere que se observe la misma sencillez respecto de la sucesion testamentaría, por derecho civil en los suyos, y por el honorario en los emancipados. Luego, ni en la sucesion intestada fué igual la condicion de los suyos á la de los emancipados, ni se hace tampoco igual aqui por Justiniano. De otra suerte, se seguiria que el nieto habido del hijo emancipado, retenido en la potestad, no pudo despues de la constitucion de Justiniano suceder en lugar de su padre, ni adquirir los derechos de heredero suyo en la familia del abuelo, ni tampoco romper el testamento

en caso de ser preterido por este, todo lo que es manifiestamente falso. Solo despues de mucho tiempo parece que Justiniano igualó respecto de la sucesion testamentaria los emancipados á los suyos por la *Nov.* 118. *cap.* 1., cuya equiparacion se ha entendido con razon de modo que no conceda á los emancipados otro derecho que el de poder adquirir la herencia por derecho civil, sin necesidad del beneficio del pretor, no de modo que *ipso jure* sean herederos suyos; sino que tan solo se llamen tales adiendo la herencia como los extraños. Ni esto debe hacerse extensivo á la sucesion testamentaria por la razon de que el destruir *ipso jure* el testamento es un derecho tal que no debe concederse á los herederos no suyos preteridos.

5. *Circa adoptivos certam induximus divisionem*). *L. pen. C. de adop.* Cuyo contenido se refiere en el §. 2. *sup. de adop.* y mas latamente en el §. 14. *inf. de hæred. ab int.* Qué es lo que aquí constituyó y por qué causa lo diré en pocas palabras. Antiguamente, aquellos que eran dados en adopcion por el padre natural pasaban sin distincion ninguna á la familia y potestad del adoptivo; por lo que, mientras la adopcion subsistia se consideraban como extraños respecto del padre natural, en tanto que ni el pretor les consideraba como á hijos, sino tan solo como á cognados. Despues, empero, de emancipados por el padre adoptivo recobraban el derecho natural de descendientes que por beneficio del pretor tienen los emancipados por el padre natural mientras permanecen en aquel estado; mas esto así en el caso que hubiesen sido emancipados viviendo el padre natural, mas no si lo hubiesen sido despues de su muerte, para que no se quitase á los herederos lejítimos ó escritos la herencia que habian adquirido ó que les habia sido deferida, §. 10. *inf. de hær. ab int.* Así pues, como podia suceder que este hijo se viese privado de la herencia de entrambos padres; de la del natural porque al tiempo de morir este estaba aun en la familia adoptiva; y tambien de la del adoptivo si despues fuese emancipado, Justiniano obvió este inconveniente disponiendo que los hijos dados en adopcion por el padre natural no pierdan el derecho de suceder, ni cualquiera otro que en la familia tuvieren, ni tampoco pasen á la potestad del padre adoptivo, excepto en el caso en que el abuelo hubiere tomado en adopcion á un nieto habido de un hijo emancipado. Sentado esto, ya se comprende fácilmente que aquel que hubiere adoptado á un extraño no tendrá necesidad ninguna de instituirlo ni desheredarlo, ya se mire al derecho civil, ya al pretorio, ya al remedio extraordinario de la querella inoficiosa; sino tan solo el padre natural en cuya potestad permanece. Aquel, empero, que adopta á un nieto debe instituirle ó desheredarle del mismo modo que se observaba antes respecto de todos los adoptivos, considerándose este nieto como extraño respecto de su padre natural, §. *prec.*

«En España deben ser instituidos ó expre« samente desheredados los descendientes ó « hijos del testador, ya estén bajo su potes« tad, ya fuera de ella, *l.* 5. *tit.* 7. *P.* 6. *l.* « 1. *tit.* 8. *P.* 6., y si fueren preteridos será « nulo el testamento, *d. l.* 1. *y l.* 10. *tit.* 7. « *P.* 6. Del mismo modo han de ser insti« tuidos ó desheredados los ascendientes, *d.* « *l.* 1. con tal sin embargo que no haya des« cendientes, *l.* 1. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov.* « *Rec.* (6. de Toro.) Sin embargo hoy dia, « despues de la ley 1. *tit.* 8. *lib.* 10. *Nov.* « *Rec.* por la que se declara válido el testa« mento aunque no contenga institucion de « heredero, parece mas probable que se sos« tendrá aquel testamento en que el testador « que muere con hijos no instituye á ningu« no heredero; como que en este caso apa« recen instituidos los mismos hijos, quienes « deberán pagar los legados en cuanto no les « disminuyan su lejítima, y por lo mismo « valdrán tambien las mejoras de tercio y « quinto que en él se hagan á alguno de los « descendientes, segun expresamente lo dis« pone la ley 8. *tit.* 6. *l.* 10. *Nov. Rec.* (24 de « Toro). Esto, empero, no debe entenderse « así, en el caso en que el testador hubiese « preterido á sus hijos por ignorancia de que « los tuviese, pues que entonces el testamen« to se invalidaria en el todo por falta de la « voluntad del testador, segun prueba muy « bien Gomez en *d. l.* 24. *n.* 5. Si, empero, « el testador hubiese instituido por heredero « á un extraño, la pretericion de un descen« diente ó ascendiente que fuere su heredero « necesario, (segun lo que diremos mas aba« jo en el *tit. de la cual. y dif. de los hered*). « invalidará el testamento, porque en este « caso no están correjidas dichas leyes de las « Partidas que declaran nulo aquel testamen« to en que se pretiere á los descendientes. « Matienz. en *d. l. glos.* 10 *num.* 49. Acer« ca de los adoptivos hablaremos mas abajo « en el §. 7. *de este título*.

«Por derecho privilejiativo de Barcelona « no están los padres obligados á instituir á « sus hijos, valiendo el testamento sin esta « circunstancia con tal que se les legue al« guna cosa ó haga mencion de ellos. *Const.*

«1. *tit.* 1. *lib.* 6. *vol.* 2. *Const. de Cataluña.* Del mismo modo tambien valdrá (y esto en toda Cataluña) el testamento de los hijos en que no se hiciere mencion del padre ó de otros ascendientes por título de institucion, salvo; empero, en todo tiempo á los dichos ascendientes y descendientes su porcion lejítima. *Const.* 2. *tit.* 3. *lib.* 6. *vol.* 1. *Const. de Cat.* Algunas veces dejan los maridos á sus mujeres la facultad de elejir su heredero, Comes *num.* 1200. Vives *tom.* 2. *pag.* 277.»

TEXTO.

De testamento militis.

6. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exhæredaverit, sed silentio præterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exhæredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.

TRADUCCION.

Del testamento militar.

Mas si el militar estando ocupado en una expedicion hiciere testamento y no desheredare expresamente á sus descendientes, ya nacidos ó póstumos, sino que los pasare en silencio, no ignorando que los tiene, su silencio valdrá como á desheredacion expresa, segun se dispone por las constituciones de los príncipes.

NOTAS.

6. *Constitutionibus principum*). A saber, la de Gordiano en la *l.* 9. y la de Filipo en la *l.* 10. *C. de test. mil.*

COMENTARIO.

1. *Si el testamento del militar está sujeto á la querella inoficiosa?*

A los militares que hacen testamento por derecho privilejiativo no solo se les dispensaban las solemnidades externas como son el número de testigos, la rogacion, el sello, la suscripcion y la unidad del acto, á las que están sujetos todos los ciudadanos que hacen testamento por derecho comun; sino tambien la otra interna á que están sujetos todos los padres, á saber, la institucion ó desheredacion de sus hijos, sobre lo que se dispuso que la pretericion del militar, con tal que no ignorase que tenia hijos ó que su mujer estaba en cinta, tuviese la fuerza de desheredacion, *l.* 9. *y l. sig. C. de test. mil.*; cuyo efecto, teniendo en consideracion Ulpiano dijo, que el militar desheredaba con silencio *l.* 12. *de bon. lib.* Dice *ocupado en la expedicion*; luego, si el militar hiciere testamento no estando en campaña, como que en este caso debe hacerlo segun las reglas del derecho comun, la pretericion del mismo no tendrá efecto de desheredacion ni por derecho civil ni por el pretorio. No obsta lo que en la *l.* 9. *C. de inof. test.* se dice que los hijos no pueden entablar la querella inoficiosa contra el testamento del militar, ya se haya hecho por derecho privilejiativo, ya por el comun; pues para que dicha querella no pueda tener lugar es necesario que el testamento esté bien hecho y que subsista segun la ley; mas ningun testamento hecho por derecho comun en el que hayan sido preteridos los hijos subsiste, ó si se trata de los emancipados no hay ninguno en que el pretor no los admita, y si de los póstumos que naciendo no lo rompan, §. 2. *inf. de inoff. test.*

Non ignorans, an habeat liberos). El que la pretericion del militar se tenga por desheredacion es un favor dispensado á la voluntad del mismo, que es la sola que sostiene el testamento, y que se observa como ley, *l.* 1. *de test. mil. l.* 1. *C. eod.* Mas asi como la voluntad de desheredar es clara cuando uno sabiendo que tiene hijos los pretiere y nombra otros herederos; así por el contrario se considera faltar dicha voluntad cuando ignorando aquella circunstancia, tal vez por que falsamente se le informó de que habian muerto, instituyó á otros. Esta presuncion se saca del comun afecto de todos los padres hácia sus hijos, como que si hubiesen sabido que los tenian hubieran nombrado por herederos á los mismos, y no á otros, *d. l.* 9. *y l. sig. C. eod. l.* 33. §. 2. *eod.* Por lo que, segun la diversa cualidad de los descendientes preteridos por ignorancia por el militar, ó podrá reclamarse la nulidad de este testamento, ó su rescision por el remedio pretorio, ó se romperá por el nacimiento, en tanto que ni deberán prestarse los legados, *l.* 36. §. 2. *de test. mil.*

1. *Pro exhæredatione nominatim facta.* De aquí, pues, se sigue que los hijos suyos preteridos á sabiendas por el padre militar no pueden anular el testamento ni los emancipados ser admitidos á la posesion de bienes *contra tabulas*, ni el póstumo preterido romperlo con su nacimiento. ¿Pero se les dará á lo menos la querella inoficiosa que es el único recurso de los desheredados? De ningun modo, *l.* 27. §. 2. *de inof. test. l.* 9. y 24. *l. ul. C. eod.* Con todo, la Glosa y Cyn. dijeron en dicha ley 9, que podrán reclamar

a lejitima por la condicion de la ley, fundándose en la *auth. presbyteros C. de Episc. et cler.* Siendo, empero, todo este derecho singular y privilejiativo tan solo de los militares, no hay razon ninguna para que en union con el vulgo de los intérpretes digamos que fué derogado por la *Nov. 115. cap. 5.*, y que en esta constitucion general vienen tambien comprendidos los militares y sus testamentos; es decir, que aun cuando los hagan por derecho privilejiativo son de la misma condicion que los paganos por lo que hace á la necesidad de la institucion y desheredacion de los descendientes; lo que ya observó tambien aquí Viglio, insiguiendo á Lud. Roman en dicha *ley 9.*

« Por lo que hace á España véase lo que « dijimos mas arriba en la nota al principio « del *tit. 11.* »

TEXTO.

De testamento matris, aut avi materni.

7. Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut hæredes instituere, aut exhæredare, sed possunt eos silentio omittere. Nam silentium matris aut avi materni, et cæterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exhæredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia si eum eamve hæredem non instituat, exhæredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.

TRADUCCION

Del testamento de la madre ó del abuelo materno.

La madre y abuelo materno no tienen necesidad de instituir herederos ó desheredar á sus descendientes, sino que pueden pasarlos en silencio; pues el silencio de la madre y abuelo materno y demás ascendientes maternos producia el mismo efecto que la desheredacion del padre. Asipues, ni la madre tiene precision de desheredar al hijo ó hija, ni el abuelo materno al nieto ó nieta habidos de la hija, en caso que no los instituyan herederos, ya se trate del derecho civil, ya del edicto del pretor; en el cual este promete á los descendientes preteridos la posesion de bienes contra tabulas; sino que se les reserva otro remedio que dentro de poco se os manifestará.

NOTAS.

7. *Silentium matris et tantum faciat*). Y esto así, aun cuando la madre ignorase que tenia hijos, aunque en este caso no se anularán los legados y libertades, porque no puede aquí alegarse el pretexto de la demencia, *l. 27. §. ult. y l. seq. de inoff. test.*

Sive de jure civili). En virtud del cual los herederos suyos preteridos, y segun hoy dia tambien los no expresamente desheredados, son los solos que anulan ó rompen el testamento, *§. 5. sup.*

Edicto prætoris). En virtud del cual los descendientes emancipados, ó sea aquellos que dejaron de ser suyos, si fueren preteridos son llamados á la posesion de bienes *contra tabulas*; pero no aquellos que ni son suyos, ni dejaron de serlo, *d. §. 5. l. 1. l. 4. §. 2. cont. tab.*

COMENTARIO.

1. *La condicion de los descendientes es la causa de que la preterición de la madre tenga fuerza de desheredacion.*
Por la misma razon los preteridos por la madre no tuvieron el derecho de acrecer á los herederos escritos.
2. *Explícase el lugar de Paulo,* l. 1. §. 2. cont. tab.
3. *Cuál sea el remedio de que se hace mencion al fin de este párrafo*

1. El que la pretericion del militar tenga fuerza de desheredacion se funda en un privilejio; mas el que suceda lo mismo respecto de la de la madre y abuelo materno lo hace la condicion de los descendientes, quienes por derecho civil son como extraños relativamente á aquellos, *§. 3. inf. de hær. qu. et.* Es decir que la ley civil que tuvo en consideracion la conservacion de las familias mas que la naturaleza, no adjudicó á los hijos los bienes maternos del mismo modo que los paternos, de suerte que no se consideran dueños en cierta manera de la dote de la madre durante la vida de esta como les sucede respecto de los bienes del padre. Por lo que, si aquella instituyere por heredero á un extraño preteriendo al hijo, no le hace á este injuria ninguna por lo que respecta á la ley civil, por cuanto no le quita lo suyo, y por lo mismo malamente se requiere la desheredacion, como que ni propiamente pueda decirse que la madre deshérede al hijo; pues que el desheredar consiste en quitar á este una herencia suya, y en donde no hay el hábito no puede haber la privacion. Asi pues, como que la madre no tiene heredero suyo, y los nietos habidos de la hija tampoco lo son respecto del abuelo, por esta causa el silencio de la madre y abuelo materno produce el mismo efecto que la desheredacion del padre, y esto aun cuando hubiesen ignorado que tuviesen hijos, contra lo que se observa en la pretencion de

militar, *l.* 27. §. *ult. l. seq. de inof. test. l.* 4. §. 2. *de bon. pos. cont. tab. l.* 13. *de suis et leg.*

2. *Sive de jure civili*). A causa, segun dijimos, de que no son herederos suyos; esto es, no son tales que ya durante la vida del padre se continúe en ellos el dominio despues de la muerte de este á no ser que hubiesen sido expresamente desheredados, *l.* 11. *h. t.* Por lo que, ni pertenecen al derecho civil antiguo por el que solo el hijo suyo en caso de ser preterido anulaba el testamento y los demás descendientes, suyos tambien empero, en el mismo caso adquirian una porcion de la herencia acreciendo a los herederos escritos, *sup. pr. h. t.*; ni tampoco al derecho nuevo en virtud del cual todos los descendientes suyos, aunque tan solo los preteridos, ó lo que es lo mismo los no expresamente desheredados, anulan ó rompen el testamento, §. 5. *sup. eod.*

Sive de edicto Prætoris). Paulo en la *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* dice que el edicto de la posesion de bienes *contra tabulas* no pertenece al testamento de las mujeres, á causa de que estas no tienen herederos suyos. Esta razon podria parecer insuficiente; pues dicho edicto pertenece no solo á los herederos suyos sino tambien y principalmente á los emancipados, en quienes es sabido que no concurre aquella circunstancia; pues para ellos fué para quienes se dió principalmente, §. 5. *sup. eod.*; pero Paulo quiso dar á entender algo mas; á saber, que este edicto no pertenece á los hijos no suyos y que nunca fueron tales. La madre, empero, como que no tiene herederos suyos tampoco puede dejar de tenerlos, lo que por la misma causa parece haberse expresado por Cayo en la *l.* 13. *de suis et leg.* Es decir que el pretor pará apartarse lo menos posible de la razon del derecho civil solo tuvo en consideracion á aquellos que descendian de varon, y restituyó el derecho de suidad á los emancipados, rescindiendo la capitis diminucion que se lo habia quitado, *l.* 6. §. 1. *de bon. poss.*; y de este modo fundó el derecho por él introducido en cierta razon de suidad, cuya razon no pudo acomodar á los descendientes por parte de hembra.

4. *Aliud eis adminiculum servatur*). Hubiera podido indicar con igual número de palabras cual era este adminículo ó remedio, por el cual no entiende otra cosa que la querella inoficiosa. No compitiendo este remedio en un principio mas que á aquellos descendientes que por haber sido desheredados por el padre no podian ni por el derecho civil ni por el pretorio anular el testamento, *l.* 8. *in pr. cont. tab.*, despues que por el S. C. Orficiano se defirió á los descendientes la sucesion de la madre, se concedió tambien por la misma razon de humanidad á los desheredados, ó lo que aqui es lo mismo á los preteridos por la madre. Trátase de este remedio mas abajo en el *tit.* 18, en cuyo lugar veremos tambien que se concede á los padres injustamente desheredados ó preteridos, y algunas veces hasta á los hermanos. Para el mismo lugar dejamos tambien otras cuestiones que suelen dilucidarse por los intérpretes; por ejemplo, si actualmente despues de la *Nov.* 115. *cap.* 3. la preterición de la madre y de los ascendientes maternos tiene la fuerza de desheredacion; si el testamento en que el padre ha preterido á sus hijos es irrito no solo en cuanto á la institucion, sino tambien respecto á los legados y demás capítulos, si al modo de desheredar se ha añadido alguna circunstancia, á no observarse la cual se anula actualmente un testamento que por derecho antiguo habria subsistido, y otras cuestiones semejantes.

« Como que el derecho de suceder á los « padres y de invalidar sus testamentos se « concede en España á los hijos bajo el nom« bre natural y genérico de descendientes, *l.* « 5. *tit.* 13. *l.* 3. *tit.* 7. *l.* 1. *tit.* 8. *P.* 6. y « *l.* 1. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.* así es que es « desconocida la distincion que por derecho « romano se hacia entre los descendientes de « varon, y los de mujer, á las que por lo « tanto impone nuestro derecho la misma ne« cesidad que á los varones de instituir ó « desheredar á sus descendientes. Por la mis« ma razon estará el padre natural obligado « á instituir ó desheredar á los hijos que dió « en adopcion, quienes habrán tambien de « ser instituidos ó desheredados por su padre « adoptivo, si fuere su ascendiente, *l.* 10. « *tit.* 16. *P.* 6. no en caso contrario, *l.* 9. « *del mismo tit. y P.* El padre arrogador « tendrá tambien la misma obligacion que « el natural, *l.* 8. *d. tit. y P.* »

TÍTULO DÉCIMO CUARTO.

De la institucion de heredero.

CON. CON EL LIB. 28. TIT. 5. DEL DIG. Y CON EL LIB. 6. TIT. 24. DEL COD. (a).

Razon del método y argumento del título.

Hase hablado aquí de aquellas cosas que los padres deben observar y comprender en su testamento si quieren que sea justo y válido. Síguese ahora la misma forma del testamento; á saber, la institucion de heredero. De ella se dice que es la cabeza y fundamento del testamento, §. 3. *inf. de leg.*, á causa de que sin la misma no puede este subsistir. Dícese tambien que el testamento recibe de ella toda su fuerza y validez, porque para la validez de un testamento no se requiere otra cosa que la institucion de un heredero, si se prescinde de la necesidad de instituir ó desheredar á ciertas personas. De aquí viene aquello que se dice que cualquiera que no haya de legar nada, y que no tenga necesidad de desheredar á nadie puede con solo tres palabras hacer testamento de este modo: *Lucio sea heredero*, *l.* 1. §. 3. *h. t.* Entiéndase por instituir heredero el escribir ó declarar de viva voz en el testamento la persona que queremos que sea el sucesor de nuestros bienes y derecho universal (b). Poco importa con que palabras se haga la institucion, con tal que de ellas se deduzca la voluntad del testador, *l.* 15. *C. de test.* (c), en cuyo lugar Constantino deroga la diferencia que antiguamente se hacia entre las palabras directas y oblícuas, segun Ulpiano *tit.* 21. Este título tiene tres partes, en la primera de las cuáles se trata de aquellos que pueden ser instituidos herederos; en la segunda de la porcion de la herencia que uno ó muchos instituidos deben tener por la razon del derecho ó la voluntad del difunto; y en la tercera de la forma ó modo de instituir y de las cláusulas que pueden ó no añadirse á la institucion.

« Por lo que hace á España véase lo que « dijimos en la rúbrica y §. 5. *del tit. prece-* « *dente.*»

(a) Tit. 3. p. 6.
(b) L. 1. tit. 3. P. 6.
(c) L. 6. tit. 3. P. 6.

TEXTO.

Qui possunt hæredes instituí.

Hæredes instituere permissum est tam liberos homines, quàm servos; et tam proprios, quàm alienos. Proprios autem olim quidem secundùm plurium sententias non aliter, quam cum libertate, recte instituere licebat. Hodie verò etiam sine libertate ex nostra constitutione eos hæredes instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate utiliter servus à domina hæres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur. Cujus verba hæc sunt: *Servum adulterio maculatum, non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eumdem á domina collata hæredis institutio nullius momenti habeatur.* Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.

TRADUCCION.

Quienes pueden ser instituidos herederos.

Es permitido instituir heredero así á los hombres libres como á los siervos y, (de estos) así á los propios como á los agenos. Antiguamente segun el parecer de muchos, los siervos propios solo podian ser instituidos dándoseles la libertad; actualmente, empero, por nuestra constitucion tambien es permitido instituirles herederos sin ella (d), *lo que no introdujimos por innovacion, sino porque era mas justo, y porque Paulo en los libros que escribió, ya á Masurio Sabino, ya á Plaucio, refiere que esta fué la opinion de Atilicino. Entiéndese por siervo propio tambien aquel en que el testador tiene la nuda propiedad y otro el usufructo. Hay, con todo, un caso en que ni aun dándosele la libertad puede el siervo ser instituido heredero por su señora segun se dispone en la constitucion de los emperadores Severo y Antonino, cuyas palabras son las siguientes:* Es justo no considerar bien manumitido al siervo sospechoso de adulterio que ha sido manumitido en testamento antes de la sentencia por aquella mujer que habia sido acusada del mismo crímen, de lo que se sigue que la institucion de heredero hecha

(d) L. 2. tit. 3. P. 6

por la dueña en el mismo no es de ningun momento. *Tambien se considera ageno aquel siervo en el que el testador tiene el usufructo.*

NOTAS.

Hæredes instituere). Por escrito ó de viva voz, *l.* 1. §. 1. *ff. eod.* La institucion de heredero es la cabeza y fundamento de todo el testamento, §. 34. *inf. de leg.*; pues sin ella no puede subsistir el testamento, §. 2, *inf. de fid. hæred.* Por lo que hace á las palabras que en ella se emplean poco importa cuales sean, con tal que de las mismas se deduzcan la voluntad del testador, *l.* 15. *C. de test.*

Quam alienus). Con tal que sean siervos de aquellos á quienes puede instituirse herederos; pues en virtud de la persona de sus señores tienen los siervos la testamentifaccion pasiva, *d. l.* 31. Ulp. *tit.* 22. §. 8. *l.* 12. §. 2. *de leg.* 1.

Sine libertate). Así tambien se dice *sup.* §. 2. *qui et ex quib. cau. man.*; esto es, omitiéndose la dacion de la libertad. Esta constitucion se halla en la *l. pen. C. de ser. nec. hær.*

Non per innovationem). Porque ya antiguamente habian opinado algunos del mismo modo, segun dice en seguida; pero el estar esto en vigor proviene de la humanidad de Justiniano. De esta suerte debe conciliarse este lugar con dicho párrafo segundo.

Adulterio maculatum). En Marciano *l.* 48. *h. t.* de donde está sacado este párrafo, se lee *accusatum*; pero pienso que debe leerse maculatum, como aqui; ni obsta la *l.* 8. *C. ad l. Jul. de adulteriis.* Los griegos tambien dicen ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, es decir *culpable, sospechoso de adulterio*, y no κατηγορουμένον, *acusado.* Y en la *l.* 1. *C. qui non poss. ad. lib.* ὑπονοούμενον τὰ ἐπὶ τῇ μοιχείᾳ, esto es, *sospechoso*, *etc.*

COMENTARIO.

1. *Quienes y hasta que punto no podian antiguamente adquirir la herencia?*
2. *Quienes y hasta que punto no pueden ser instituidos herederos hoy dia?*
3. *La institucion del siervo ageno se sostiene por la persona de su dueño y la del propio por la dacion de la libertad.*
4. *Qué es lo que se observa cuando un siervo comun ha sido instituido heredero por uno de los condueños?*
5. *Y qué cuando es instituido el siervo por el dueño de la nuda propiedad?*
6. *En qué razon se funda el caso especial que aqui se refiere?*
7. *Qué sucede cuando el siervo ha sido instituido por el usufructuario?*

Tam liberos homines quam servos). Este modo de hablar es una histerologia; pues mas bien debia decirse *tanto los siervos como los libres*; esto es, no menos los siervos que los libres, de cuyo modo se expresó Cayo en la *l.* 31. *h. t.*; por cuanto de los libres es mas cierto esto. De los hombres libres nada mas se dice aquí, sino que pueden ser instituidos herederos; pero pueden serlo todos indistintamente y sin excepcion? De ningun modo; pues en primer lugar de entre los hombres libres solo pueden ser instituidos los ciudadanos romanos, no los extranjeros, ya hayan sido siempre tales, ya por la severidad de la sentencia hayan sido reducidos á dicho estado, *l.* 6. §. 2. *h. t. l.* 1. *C. eod.* véase la *l.* 17. §. 1. *de pæn.* Entre los extranjeros se contaban tambien los dediticios como igualmente los latinos junianos; solo que estos podian adquirir la herencia, si al tiempo de la muerte del testador habian conseguido el derecho de ciudadanos romanos, Ulp. *tit.* 22. §. 1. 2. Sin embargo, Justiniano quitó estas diferencias entre los libertinos, concediendo á todos ellos el derecho de ciudad, §. *ult. sup. de lib.* No, empero, todos aquellos que eran ciudadanos podian antiguamente ser instituidos ni tampoco actualmente. Por la ley Voconia se disponia que todo aquel que estuviese inscrito en el censo no pudiese nombrar heredero en mas del cuadrante de sus bienes á una doncella ó mujer, Ciceron *Ver.* 3. *de præt. urb.* y en la oracion *pro Balbo.* Por la ley Junia de *marit. ord.* no podian adquirir nada en virtud de un testamento de un ciudadano romano los celibes á no ser aquellos que eran los mas próximos gentiles, Ulp. *d. tit.* §. 2. Esto asi, empero, si no obedecian lo dispuesto por la ley, esto es, si no contraian matrimonio dentro el término de cien dias, Ulp. *tit.* 17. Por la misma ley se prohibia que aquellos que no tenian hijos pudiesen adquirir de un estraño mas de la mitad de lo que se les dejaba, haciéndose la otra mitad cáduca, esto es, cediendo en favor del fisco. Por la ley decimaria no se permitia adquirir al cónyuge en virtud del testamento de su consorte mas que la décima parte de lo que se le hubiere dejado, Ulp. *tit.* 15. *y sig.* De aqui nacieron aquellas disposiciones sobre las instituciones hechas al tiempo de adquirir la herencia, de aquellos que por dichas leyes no pueden adquirir nada absolutamente por testamento, ó tan solo una parte de lo que se les deja: véanse las leyes 62. 78. §. *ult. h. t. l.* 42. 55. §. 1. *de leg.* 2. *l.* 6. *y* 11. *de vul. et pup. substit. l.* 46. §. *si qui.* 16. *ad. S. C. Trebell. l.* 15. §. *ult. de*

jure fisc. y otras semejantes; todas las que, á no ser que se interpreten segun lo que acabamos de decir, no pueden entenderse.

2. Posteriormente se derogaron las penas del celibato, de la horfandad y de la ley decimaria, *l. 1. y. l. 2. C. de inf. pæn. cœl.* Mas aquellos que contrajeron nupcias incestuosas no pueden actualmente instituirse recíprocamente, ni á sus hijos incestuosos, *l. 6. C. de inc. nup.*, ni tampoco la mujer á aquel que ha cometido adulterio con ella, ni este á aquella, *l. 5. y 14. de his quæ ut ind.* Véase á Christineo *vol. 1. dec.* 200. Los hijos naturales nacidos de concubina, los que antiguamente podian ser instituidos herederos no solo por un extraño, sino tambien por el padre en el *as*, *l. 45. de vulg. et pup. l. 46. §. 1. de his quæ ut ind. l. ult. de jur. de lib.*, por la constitucion de Justiniano *Nov.* 89. *cap.* 12., de donde está sacada la *auth.* licet *C. de nat. lib.* solo pueden recibir una onza por el testamento del padre, si este tuviere descendientes lejítimos, y ocho onzas, si solo tuviere ascendientes, en lo que fué Justiniano mas benigno para con los descendientes naturales, que Constantino, *l. 1. C. de nat. lib.*, y tambien que Arcadio y Honorio, *l. 2. C. eod.* Véase á Gras. §. 1. *quæst.* 7. Por la constitucion de Leon y Antemio se prohibe al cónyuge dejar á su segundo consorte mas de lo que deja á aquel de los hijos del primer matrimonio á quien deja menos, *l. 6. C. de sec. nupt.* Finalmente, por las constituciones de los príncipes cristianos se prohibe nombrar por herederos á los apóstatas, *l. 5. C. de apost.* y tambièn á los herejes, *l. 4. C. de hæred. et Manich.*; lo que con todo, no debe entenderse de todos aquellos que no son ortodoxos segun lo prueba la constitucion de Justiniano, *Nov.* 115. *cap.* 3., en donde pone á la herejia entre las justas causas de desheredacion y de la exclusion de la sucesion intestada. Es, empero, muy conforme que aquel que puede suceder ab intestato pueda tambien ser instituido heredero. Esto no debió haberlo pasado por alto Triboniano cuando tan extensamente trató de los siervos.

3. *Et tam propios quam alienos*). Los siervos como á tales no tienen la testamentifaccion pasiva, sino en cuanto por su medio han de adquirir la herencia los ciudadanos romanos, ó en cuanto ellos han de llegar á ser tales. Asi pues, en el siervo ageno se tiene en consideracion la persona de su dueño, sosteniéndose la institucion, si este fuere ciudadano romano y pudiere adquirir la herencia, del mismo modo que si él hubiese sido instituido por medio del siervo, *l. 31. y 40. h. t. l, 10. de adq. rer. dom.* (a). Mas si yo no tuviere la testamentifaccion con el dueño, á causa por ejemplo, de que es extranjero, ó de que no puede adquirir por mi testamento, tampoco la tendré con su siervo, *arg. l. 31. h. t.* Véase la *l. 12. §. 2. de leg. 1. l. 55. §. 1. de leg.* 2. Ulp. *tit.* 22. §. 8. Véase, con todo, lo que decimos en el §. 4. *inf. de hæred. qual. et dif.* La institucion, empero, del siervo propio no puede apoyarse en la misma razon, de modo que digamos que se sostiene por la persona del dueño; puesto que este es el mismo testador; sino que en este caso, ó será nula, ó si queremos que valga será preciso que consiga tambien la libertad.

Olim non aliter, quam cum libertate hodie etiam sine libertate). Muchos de los antiguos pensaron que el siervo propio no podia ser instituido heredero sin la libertad, no atreviéndose á defender la del siervo como una consecuencia de la herencia deferida por la razon que indicamos mas arriba en el §. 2. *qui et ex quib. cau. man.* Justiniano, empero, quiso que aun cuando se hubiese omitido la dacion de la libertad valiese la institucion y se considerase lo mismo que si aquella le hubiese sido dada, *l. pen. C. de neces. ser. hær.*; lo que al paso que asi lo dicta la humanidad y favor de la libertad está tambien conforme con la voluntad del testador, quien en el mismo hecho de querer que el siervo sea heredero, manifiesta claramente que quiere tambien que sea libre, puesto que sin esto no puede conseguir la herencia (b). Y porqué razon no se ha de admitir en el siervo instituido heredero simplemente por una conjetura igual de voluntad, lo que los antiguos admitieron en el siervo propio nombrado tutor sin la libertad, esto es, que con este mismo hecho se le considere tambien dada aquella? *L.* 22. §. 2. *de testam tut.* §. 1. *sup. qui testament. tut.* Así argumenta Justiniano en *d. l. pen.*; pero en el nombramiento de tutor se agrega además el favor del pupilo *l.* 10. §. *ult. de test. tut.* Sin embargo, aquel á quien el testador instituye heredero parece que le profesa mayor afecto y que le quiere honrar mas que no al que tan solo le nombra tutor de sus hijos. No obstante, por consecuencia del legado ó fideicomiso dejado sin la libertad á un siervo propio no se defiende aquella, *d. l. pen.* §. 2., por mas que sin la misma sea inútil el legado, *l.* 76. *h. t.*; pues que no hay aqui el mismo favor, y por otra par

(a) L. 2. tit 3. P. 6.
(b) L. 3. tit 3. P. 6.

te, segun dicha constitucion de Justiniano puede la voluntad del testador cumplirse en alguna manera.

Quod non per innovationem). Sin embargo, mas arriba en el §. 2. *qui et ex quib. cau. man.* manifiesta que dispuso esto por una nueva razon de humanidad. Entrambas cosas son verdaderas bajo su aspecto. Nada innovó si atendemos al parecer de aquel corto número en el que estuvo Atilicino, quienes ya antiguamente opinaron lo que aquí se dispone; pero estableció un nuevo derecho, si atendemos al que estaba introducido por la opinion de la mayor parte, que negaban pudiese el siervo propio ser instituido heredero sin la libertad. Ulp. *tit.* 22. §. 7. *y* 12. á la derogacion de dicho parecer. VINN. En tanto grado parecia el heredero que el siervo no podia ser instituido á no ser con la libertad, como que ni aun con ella podia ser instituido aquel siervo que tan solo estaba en los bienes; pues que manumitido en testamento, si bien se hacia libre quedaba latino, y por lo tanto no podia ser heredero, á no ser que dentro el término de cien dias adquiriese los derechos de ciudadano romano, Ulp. *tit.* 22. §. 8 HEIN.

4. *Proprius autem servus etiam et in quo nudam proprietatem*). Un siervo propio ó lo es por entero de un solo dueño, ó tan solo en parte y comun á muchos; y tambien ó es propio tan solo en propiedad ó en pleno derecho. Ahora bien, veamos si lo que aquí se dispone acerca de la institucion de un siervo propio pertenece tambien al siervo comun que ha sido instituido heredero por uno de los condueños, y á aquel en que otro tiene el usufructo. Acerca del siervo comun es sabido que por derecho antiguo se observaba que, si uno de los condueños le daba la libertad, perdia su parte, la que acrecia al socio, §. *ult. sup. de donat.*, quien por lo tanto adquiria tambien la herencia, si dicho siervo hubiese sido instituido á la vez heredero por el otro. Justiniano, empero, quiso que fuese derecho comun de todos los ciudadanos lo que era tan solo un privilejio de los militares; á saber, que pudiesen dar libertad á un siervo comun, de modo que en este caso el sócio estuviese obligado á vender su parte, y á recibir por ella el precio, *l.* 1. *pr. y* §. 1. *C. de com. ser. man.* Despues de dicha constitucion no hay duda que el siervo comun á quien uno de los condueños instituye heredero con la libertad conseguirá esta misma herencia ofreciendo al otro el valor de la parte que en él tiene; pero nada dice esta constitucion del siervo instituido heredero simplemente sin mencion de la libertad. Dirémos por ventura que en este caso se considera tambien concedida la libertad como cuando ha sido instituido heredero simplemente un siervo que es enteramente nuestro, fundándonos en lo que se dice en este texto? Así veo que lo piensa Viglio; pero dudo que pueda defenderse; pues prescindiendo de aquello tan vulgar de que las disposiciones correctivas no deben hacerse extensivas á otros casos, las mismas palabras de la constitucion *in fin.* §. 1. *et hoc moriturus dixerit*, no lo permite, segun muy bien observó Bacovio. Y porqué del mismo modo que considerándose ageno el siervo en razon á la parte que tiene el sócio se dice que cuando se ha dejado un legado á un siervo comun pertenece por entero al sócio, *l.* 63. §. 9. *pro socio l.* 49. *in pr. ad leg. Falc.* no hemos de decir tambien lo propio del siervo comun instituido heredero simplemente, esto es, que el sócio por medio de aquel se considera instituido y adquiere la herencia? VINN. Muy bien; pues asi como cuando es instituido el siervo comun adquiere toda la herencia para el condueño, asi tambien cuando es instituido sin la libertad se hace el siervo en parte del heredero, quien sucede en el derecho del difunto. HEIN.

5. Sobre el siervo en el que el testador tiene la nuda propiedad y otro el usufructo dice en este lugar Justiniano que tambien se considera propio del testador; y esto conforme á la razon del derecho, *l.* 25. *de verb. sig.* Por lo tanto, instituido este siervo por el dueño de la nuda propiedad, ya con la libertad, ya sin ella, por la constitucion de Justiniano será libre y heredero, *d. l. pen. C. de nece. serv. inst.*; pues lo que dijimos del siervo comun instituido heredero simplemente, que por su medio se hacia heredero el sócio, no tiene lugar en el usufructuario, quien no suele adquirir la herencia, §. 4. *sup. per. quas per.* Qué será, empero, del usufructuario? acaso aun despues de hecho libre estará tenido el siervo á prestarle sus trabajos, y adquirirá para él por medio de sus cosas mientras dure el usufructo, ó bien cumplirá satisfaciéndole el precio del mismo? Dirémos lo primero si seguimos lo dispuesto por la *l.* 1. *C. de com. man.* Lo segundo si pensamos que tambien pertenece á este siervo lo que poco despues se dispuso del siervo comun, *l.* 1. *C. de com. ser. man.*

6. *Est tamen casus, etc.*). Refiérese aquí, sacándolo de la *ley.* 48. §. 2. *h. t.* un caso especial en que no puede ser instituido un siervo propio ni aun con la libertad, el que tiene lugar en la mujer acusada de adulterio. Prohibe á esta el manumitir á un siervo su-

yo sospechoso de dicho crímen antes de la sentencia, lo que dispuso asi á fin de que el esclavo no se librase del tormento por medio de la manumision, *l.* 12. *qui et á quib. man.* Así pues, impidiendo la ley la manumision y la libretad no puede tampoco valer la institucion de heredero hecha en semejante siervo. Dice: *servum adulterio maculatum*; esto es, sospechoso, acusado por la fama y pública voz; pues que la ley Julia prohibia que hubiese á la vez y por la misma causa dos reos de adulterio, el varon y la mujer, pudiendo tan solo ser acusados uno despues del otro, *l.* 8. *C. ad leg. Jul. de adul.* Por consiguiente, pienso que tambien en dicha *l.* 48. §. 2. de donde está sacado esto debe leerse del mismo modo que aqui y no *accusatum* como alli se dice. Teófilo lo traduce ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, es decir, sujeto, sospechoso de adulterio, no κατηγορουμένον, *acusado.*

7. *Alienus servus in quo usumfructum etc).* Asi pues, instituido heredero por el usufructuario este siervo no será libre ni heredero, sino que adquirirá la herencia para el propietario á la manera de un siervo enteramente ageno, §. *seq. vers. alienus.* Y despues de la muerte del usufructuario se acaba el usufructo consolidándose con la propiedad. Y aun cuando se hubiese dado la libertad á dicho siervo deberia decirse lo mismo, porque la libertad dada á un siervo ageno es inútil sin que pueda acomodarse á este caso la parte de la constitucion de Justiniano, *l.* 1. *vers. sin autem C. com. de man.* que habla del siervo manumitido por el usufructuario mientras vive, disponiéndose que no se le obligue á servir al propietario mientras subsiste el usufructo; por que segun se ha dicho por la muerte del usufructuario se extingue todo su derecho.

«En España no pueden ser instituidos herederos el desterrado para siempre, el condenado á trabajos públicos, el hereje, moro «ó judío, y las corporaciones ilegalmente establecidas, *l.* 4. *tit.* 3. y *l. ult. tit.* 7. *P.* 6. «Todos estos están absolutamente incapacitados de poder ser nombrados; pero hay «algunos otros que tan solo lo están con respecto á ciertas personas: tales son, 1.° los «nacidos de union sacrílega con respecto á «sus padres y parientes paternos, 2.° los «hijos incestuosos y espúreos que no pueden recibir nada de su padre, y de la madre solo la quinta parte de sus bienes, *l.* 5. «*tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.*; 3.° los hijos naturales habidos de concubina solo pueden «recibir de sus padres la quinta parte de «sus bienes, cuando estos tuvieren ascendientes legítimos, *l.* 5. *cit.* y 6. *del mis.* «*tit.* 4.° El confesor del testador en su última enfermedad, su iglesia, religion, convento ó parientes, *l.* 16. *d. tit.* 5.° Las «iglesias y cualesquiera comunidades eclesiásticas, hospitales, hospicios, casas de «misericordia y enseñanza, cofradías, hermandades, encomiendas, y cualesquiera «otros establecimientos permanentes, sean «eclesiásticos ó laicales conocidos con el nombre de manos muertas no pueden adquirir «bienes algunos raices en provincia ninguna «de la monarquía, ni por testamento ni por «ningun otro título ya lucrativo, ya oneroso. «Art. 15. del decreto de Cortes de 27 de «setiembre de 1820, publicado como ley en «11. octubre del mismo año, y restablecido «por real decreto de 30 de agosto de 1836. «Sin embargo, por la ley de 26 de junio de «1822 restablecida en 25 de enero de 1837, «se habilitó á todos los regulares secularizados de uno y otro sexo para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de «legítima, como por cualquier otro de sucesion, ya por testamento, ya abintestato, «entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion, sin que tenga «efecto retroactivo.»

TEXTO.

Si servus hæres institutus in eadem causa manserit, vel non.

1. Servus autem à domino suo hæres institutur, siquidem in eadem causa mansèrit, fit ex testamento liber, hæresque ei necessarius. Si vero à vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hæreditatem potest, quia non fit hæres necessarius, cùm utrumque ex domini testamentò non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hæreditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipse alienatus neque liber, neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hæreditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hæreditatem.

TRADUCCION.

Si el siervo instituido heredero ha permanecido ó no en el mismo estado.

Si el siervo instituido heredero por su señor ha permanecido en el mismo estado se hace libre en virtud del testamento y heredero necesario del mismo; si, empero, hubiese sido manumitido durante la vida del testador pue-

de adir á su arbitrio la herencia, porque no se hace heredero necesario cuando no consigue entrambas cosas por el testamento del dueño. Pero si hubiere sido enagenado debe adir la herencia por mandato del nuevo dueño, y de esta suerte por medio de aquel se hará este heredero; pues que cuando ha sido enagenado no puede hacerse libre, ni heredero, aun cuando hubiere sido instituido con la libertad, pues parece haber el dueño desistido de la dacion de esta última al enagenarlo. Tambien si el siervo ageno instituido heredero hubiere permanecido en el mismo estado debe adir la herencia por mandato del dueño; mas si hubiere sido enagenado por este durante la vida del testador ó despues de su muerte, pero antes de la adicion deberá adirla por mandato del nuevo señor. Si, empero, hubiere sido manumitido durante la vida del testador ó despues de su muerte pero antes de la adicion, podrá adir la herencia á su arbitrio.

NOTAS.

1. *Destitisse á libertatis datione*). Pero si el testador lo volviere despues á comprar revive la libertad y la institucion, *l.* 9. §. 16. *l.* 50. *eod.* De aqui deducimos que la regla del derecho civil que se pone en la *l.* 13. *de lib et post.* solo tiene lugar cuando el siervo permanece en el mismo estado.

Jussu novi domini). *L.* 62. §. 1. *de acq. hæred. l.* 2. § *ult. de bon. poss. secundum tab.* en donde dice Ulpiano que la herencia, ó sea la posesion de bienes sigue al dueño.

COMENTARIO.

1. y 2. *Cuál es el efecto de la institucion por lo que hace á la adquisicion de la herencia cuando ha sido instituido un siervo propio?*

3. *Qué es lo que sucede acerca lo mismo cuando se ha instituido á un siervo ageno.*

Sentado ya que pueden ser los siervos instituidos herederos no menos que los hombres libres, pregúntase ahora cuales son los efectos de la institucion por lo que hace a la adquision de la herencia; primero en el siervo propio, y despues en el ageno. Respecto de entrambos, empero; debe distinguirse entre si ha permanecido el siervo en el mismo estado ó no, á causa de haber sido manumitido ó enagenado.

1. Del siervo propio instituido heredero dice: *Siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber hæresque necessarius.* Dice: *in eadem causa*; esto es, en el mismo estado de servidumbre, de modo que despues de hecho el testamento no haya sido manumitido ni enagenado por el dueño. Dice *hæres necessarius*, porque quiera ó no, luego despues de la muerte del dueño es libre y heredero, §. 1. *inf. de hæred qual.*; lo que habiendo sido en un principio introducido en favor de aquellos que no bastando sus bienes para pagar sus deudas, preferian hacer recaer la ignominia de la venta de sus bienes sobre sus herederos mas bien que sobre si mismos, §. 1. *sup. qui et ex quib. cau. man.*, despues se observó en general segun manifiesta este lugar. La razon de esto, empero, sin duda ninguna es que siendo ignominioso para el testador el que se repudie su herencia, pareció que no debia ser esto licito al siervo á quien el testador á una con la herencia le hizo el inestimable beneficio de darle la libertad; y ademas, segun el derecho civil esta y la herencia están tan unidas entre sí que ninguna de ellas puede quitarse por separado al siervo, ni la libertad sola ni sola la herencia, *l.* 13. §. 1. *de lib. et post. l.* 6 §. *ult. h. t.*

2. *Quod si á vivo testatore manumissus etc.*) Este es un caso contrario; á saber, cuando el siervo propio instituido heredero no permaneció en el mismo estado. Este caso puede ser de dos maneras, esto es, ya porque despues de hecho el testamento ha sido manumitido, ya porque ha sido enagenado. El manumitido adirá la herencia á su arbitrio por cuanto adquiriendo tan solo la herencia y no la libertad en virtud del testamento del dueño no se hace heredero necesario, *l. ante pen. h. t. l.* 6. §. 3. *eod.* No obstante obrará mejor, si por el beneficio de la libertad antes recibida hace al patrono el obsequio de adir su herencia. El enagenado no se hará libre ni heredero aun cuando hubiese sido instituido con la libertad; pues en el mismo hecho de haber sido enagenado se entiende mudada la voluntad del dueño y revocada la dacion de la libertad, considerándose lo mismo que si al tiempo de hacerse el testamento ya hubiese sido ageno, y por lo tanto adquirirá la herencia por mandato del nuevo dueño, *l.* 9. §. 16. *l.* 50. *h. t. l.* 42. *de cond. et dem.* Sin embargo, si el testador le volviere despues á comprar revive, por decirlo así, la libertad y la institucion, *d. l.* 9. §. 16. *d. l.* 50. *h. t.* De aqui, pues, deducimos que la regla del derecho civil que se da en la *l.* 13. §. 1. *de lib. et post.* solo tiene lugar cuando el siervo permanece en el mismo estado; pues si hubiere sido enagenado es preciso confesar que será inútil la dacion de la libertad, lo que tambien advierte Viglio.

Alienus quoque servus). Mas arriba se ha dicho que tambien el siervo ageno puede ser instituido heredero; pero que semejante institucion no se sostiene por la persona del siervo, sino por la del dueño ciudadano romano, como que este se considera instituido por medio del siervo. Es decir, que para

que tambien en esta materia puedan ser los siervos útiles á sus señores se han introducido que se les acomode temporalmente la persona de estos; pues que de otra suerte no tienen la testamentifaccion, *l.* 31. *h. t. l.* 82. §. 2. *de leg.* 2.; preguntándose tambien en este caso cuales son los efectos de semejante institucion, del mismo modo que poco antes se preguntó cuales eran los de un siervo propio.

3. *Si in eadèm causa etc.*). En el siervo ageno instituido heredero se distinguen los mismos casos que en el propio; pues ó permanece en el mismo estado y hace heredero á su dueño si adhiere por su mandato, §. 3. *sup. per. quas per*; ó no permanece; y esto, ya por haber sido enagenado, en cuyo caso adquiere la herencia por mandato del dueño en cuya potestad está al tiempo de la adicion, *l.* 62. §. 1. *de adquir. hæred. l.* 2. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.*, en cuyo lugar dice el jurisconsulto que la herencia ó posesion de bienes sigue al dueño, ya porque ha sido manumitido, y entonces podrá adir la herencia á su arbitrio y adquirirla para sí, Ulp. *tit.* 22. §. 13. Así pues, aunque en semejantes instituciones se tiene en consideracion la persona del dueño para que tengan los siervos la testamentifaccion, parece que se tiene tambien en cuenta la persona del siervo. Véase la *l.* 82. §. 2. *de leg.* 2. *l.* 5. *de serv. leg. l.* 40. *h. t.* Debe advertirse que el siervo ageno no puede ser instituido con la libertad, en tanto que ni aun cuando posteriormente empezare á ser del testador será por ello libre ni heredero, *l.* 49. *h. t.*

TEXTO.

De servo hæreditario.

2. Servus etiam alienus post domini mortem rectè hæres instituitur: quia et cum hæreditariis servis testamentis factio est. Nondum enim adita hæreditas personæ vicem sustinet, non hæredis futuri, sed defuncti, cum etiam ejus, qui in utero est, servus rectè hæres instituitur.

TRADUCCION.

Del siervo hereditario.

También puede ser instituido heredero despues de la muerte del dueño el siervo ageno; porque con los siervos hereditarios tambien tenemos la testamentifaccion (a); pues la herencia aun no adida hace las veces de la persona, no del heredero sino del difunto, por cuanto tambien puede ser instituido el siervo de aquel que está en el útero.

(a) L. 2. tit. 3. P. 6.

NOTAS.

2. *Post domini mortem*). No de este modo: *sea Estico mi heredero despues de la muerte de su dueño*, segun dice Teófilo, sino de este otro: *sea mi heredero Estico siervo de Ticio difunto.*

Nondum adita hæreditas personæ vicem). La razon de dudar en este caso es porque al tiempo de hacerse el testamento no es siervo de nadie, *l.* 64. *h. t.*, y la razon de decidir es porque la herencia yacente está entretanto en el lugar de la persona del difunto y se considera como dueño, *l.* 31 §. 1. *eod. l.* 53. *l.* 62. *de adquir. rerum. dom. inf. de stipulatione servorum in pr.*

Non hæredis futuri sed defuncti). *Dd. lug. y otros sem.* Por el contrario, segun la *l.* 14. *de nov.* no representa la persona del difunto sino la del heredero futuro. A dicha ley se responde que la herencia considerada como yacente representa la persona del difunto, de modo que los actos reciban su validez de la persona del mismo, *l.* 52. *h. t. l.* 55. §. *ult. de adquir. rerum. dom.*; pero una vez adida se finje que ha representado la persona del heredero que es el solo que se tiene en consideracion cuando se mira el resultado, *d. pr. in fine de stip. ser.*

Ejus qui in utero est. servus). *L.* 64. *h. t.* Fúndase esto absolutamente en la misma razon.

COMENTARIO.

1. *Bajo diversos aspectos puede decirse que la herencia yacente representa la persona del difunto y la del heredero.*
2. *Por qué razon pudo haber sido instituido el siervo de un póstumo ageno y no pudo serlo el mismo póstumo?*

Sosteniéndose, como se ha dicho, la institucion del siervo ageno por la persona del dueño, se pregunta si puede ser instituido despues de la muerte de su dueño un siervo ageno, esto es, un siervo hereditario. La razon de dudar que aqui hay es porque en el caso propuesto no puede acomodarse al siervo la persona del dueño; pues no existe al tiempo de hacerse el testamento, *l.* 64. *h. t.* Con todo, se quiso que tambien este siervo pudiese ser instituido, como que por medio de la herencia adquiriese; por decirlo así, la personalidad del difunto; por cuanto interinamente la herencia yacente hace las veces del difunto, y por una ficcion del derecho representa al dueño, *l.* 31 §. 1. *h. t.*

l. 34. *y* 64. *de adquir rerum dom.* *l.* 13. §. 2. *ad leg. Aquil.*

1. *Non hæredes futuri sed defuncti*). Con las mismas palabras se dice esto en dicha ley treinta y cuatro *de adquirendo rerum dominio*. En otras partes se dice simplemente que la herencia está en lugar del difunto *d. l.* 34. *h. t. inf. de stip. ser. in pr.* En Pomponio, con todo, encontramos por el contrario que se dice que la herencia representa interinamente la persona del heredero, *l.* 24. *in fine de nov.*; lo que tambien parece fundarse en la razon del derecho. Efectivamente, aquel que fué despues heredero se entiende haber sucedido al difunto desde el tiempo de la muerte, ó lo que es lo mismo se retrotrae la herencia aunque posteriormente adida, y se une con el tiempo de la muerte, *l.* 54. *de adquir. hæred.* *l.* 138. *y* 193. *de regulis juris.* Hay algunos, y entre ellos Hotomano, que piensan que los antiguos no estuvieron de acuerdo sobre este punto; pero yo no me atrevo á afirmarlo. Veamos si bajo diversos aspectos puede decirse que la herencia representa la persona del difunto y tambien la del heredero (a). En efecto, si atendemos al resultado de la adicion de la herencia diremos muy bien que esta representa la persona del heredero; pues bajo este aspecto puede el siervo hereditario estipular para el heredero futuro, *l.* 28. §. *ult. y l.* 35. *de stip. ser.*; y se dice que la estipulacion del siervo hereditario no tiene fuerza ninguna, á no ser que despues fuese adida la herencia, *l.* 73. §. 1. *de verb. oblig.*; y tambien que por medio del siervo se adquiere para la herencia, y por lo tanto para el que despues fuere heredero. *inf. de stip. ser.* Si, empero, atendemos al tiempo en que es instituido heredero el siervo hereditario, esto es, al de la herencia yacente, y queremos que valga lo obrado, deberemos decir que esta representa la persona del difunto; pues lo hecho no puede estar en suspenso, y es incierto si aquel que ha sido nombrado heredero llegará á serlo, y esto es lo que Cayo da á entender cuando en la *l.* 33. §. *ult. de adquir. rer. dom.* dice, que siempre que el siervo hereditario estipula ó recibe algo por tradicion el acto toma su validez de la persona del difunto. En el mismo sentido dice Paulo en la *l.* 52. *h. t.* que puede ser instituido el siervo hereditario, con tal que el difunto hubiese tenido la testamentifaccion pasiva aun cuando no la tuviese el heredero. Así, pues, la herencia considerada como yacente representa al difunto, y como además se finje haber representado la del heredero.

2. *Cum etiam ejus in utero est, servus*). Confirma aqui lo que habia dicho de la institucion del siervo ageno despues de la muerte del dueño con el ejemplo del siervo cuyo señor está en el útero, ó sea del siervo de un póstumo ageno; pues de él dice que tambien puede ser instituido heredero. Javoleno por el contrario en la *l.* 64. *h. t.* prueba esto por aquello. A esto, empero, parece obstar la razon del derecho antiguo, pues por este no podia ser instituido el póstumo ageno, *inf. de bon. poss. in pr.* Sentado, empero, esto parece necesariamente seguirse que tampoco debió poder ser instituido el siervo de dicho póstumo, puesto que segun ya algunas veces se ha dicho, los siervos tienen la testamentifaccion por la persona de su dueño; pero debe advertirse que aqui se dice que el siervo es de aquel que está en el útero, teniendo en consideracion el caso en que el mismo naciere y fuere heredero, mas la institucion recibe su validez de la persona del difunto, no de la de aquel que está en el útero, bastando que el primero haya tenido la testamentifaccion aun cuando el heredero escrito no la tuviere; *l.* 52. *h. t.* Añádase á esto que la institucion del siervo ageno no tiene siempre por objeto el que haga heredero al dueño en cuya potestad está al tiempo de hacerse el testamento; pues que si fuere enagenado adquiere la herencia para el nuevo señor, y si manumitido, para si mismo; lo que tiene lugar tambien cuando ha sido instituido el siervo de un incapaz, *l.* 82. *de adquir hæred.* De aquí se deduce claramente ser verdad lo que dijimos al fin del §. *præc.*, á saber, que en estas instituciones se tenia tambien en cuenta la persona de los siervos instituidos.

TEXTO.

De servo plurium.

3. Servum autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres unicuique dominorum, cujus jussu adierit, proportione dominii acquirit hæreditatem.

TRADUCCION.

De un siervo comun de muchos.

Instituido heredero por un extraño un siervo comun de muchos con quienes se tiene la testamentifaccion, adquiere la herencia á proporcion del dominio para cada uno de los dueños por cuyo mandato la adiere (b).

(a) L. 2. tit. 3. P. 6. al fin.

(b) L. 25. tit. 3. P. 6.

NOTAS.

Ab extraneo). Si fuere instituido por uno de los dueños adquiere la herencia para los demás por la *l.* 63. §. 8. *pro. socio l.* 49. *ad leg. fal.*

COMENTARIO.

Al fin de la esplicacion del principio de este título se ha tratado del siervo comun instituido heredero por uno de los dueños; aquí se trata del siervo propio de muchos instituido heredero por un extraño. Dícese que este siervo adquiere la herencia para cada uno de los dueños por cuyo mandato la adiere; y esto no por partes iguales, sino á proporcion del dominio. Es sabido que debe preceder el mandato del dueño; y que sin él nada hace el siervo adiendo la herencia, sobre lo que se habla en el §. 5. *sup. per quas per.* Qué sucederá, empero, si solo hubiere adido por mandato de uno? Ni aun en este caso le hará heredero por mayor parte que la del dominio, aunque si despues los socios no mandaren adir, tácitamente le acrecerán las partes de estos, *l.* 67. *de adquir. hæred.*

Cum quibus testamentifactio). Base añadido esto porque, segun ya muchas veces hemos dicho, aquellos á quienes no podemos instituir herederos tampoco no podemos á sus siervos, *l.* 31. *h. t.* Exceptúanse los siervos de aquellos que no son absolutamente incapaces, como eran antiguamente las mugeres, los que no tenian hijos, y los célibes, (véase el principio de este título) cuyos siervos si fueren instituidos por aquel en virtud de cuyo testamento no pueden adquirir sus señores y antes que por mandato de estos hayan adido la herencia hubieren sido enagenados, la adquirirán para el nuevo dueño, ó bien para sí mismos si hubieren sido manumitidos, con tal que nada se haya hecho en fraude de la ley, *l.* 82. *de adquir. hæred. l.* 55. §. *de leg.* 2.

TEXTO

De numero hæredum.

4. Et unum hominem, et plures, usque in infinitum, quot quis hæredes velit facere licet.

TRADUCCION.

Del número de herederos.

Puede uno instituir un heredero ó mas hasta lo infinito, tantos como quisiere.

NOTAS.

Usque in infinitum). El sentido de esto es que á nadie se señala el número de herederos que ha de instituir; sino que todo esto se deja á la voluntad del testador.

COMENTARIO

Usque in infinitum). Entiéndase por *infinitum* un número indefinido é incierto de herederos; no una multitud que no tenga límites; en cuyo sentido se toma tambien esta palabra en otras muchas partes, *l.* 68. §. 1. *de rei vind. l.* 4. §. 2. *de in lit. jur.* Asi pues, el sentido de este párrafo es que el testador puede instituir tantos herederos como quisiere; es decir, que por la ley á nadie se prefija el número de herederos que ha de instituir, sino que todo esto se deja á la libre voluntad del testador. De ignorantes se acreditan aquellos que de este párrafo deducen que puede uno instituir á todos los hombres que están en el mundo; pues que semejante institucion no puede llevarse á efecto, ni la hará ningun hombre de sano entendimiento. Véase á Gomez 1. *var. resol.* 2. *núm.* 2. No obstante, creo que con Viglio puede defenderse que se considera instituida la república cuando uno instituyere á todos los ciudadanos en donde estuviere admitida la institucion de la república ó de una ciudad; pues no siempre se observó lo mismo respecto de esta materia. Leemos que algunos reyes extrangeros nombraron por heredero al pueblo romano, y lo mismo hizo la prostituta Flora. Plinio, empero, en el *lib.* 5. *epis.* 7. *ad. Calvisium* escribe que es claro que la república no puede ser instituida heredera ni percibir la herencia. Posteriormente se mudó este derecho: véase á Ulp. *tit.* 22. §. 5. *y tit.* 24. §. 26. *l.* 2. *y l.* 20. *de reb. dub. l.* 26. *ad S. C. Treb.* Vinn. Podia la república ser instituida por derecho de gentes: tal fué la herencia dejada por Atalo al pueblo romano, y tambien la de Vocacio Mosco desterrado dejada á los Masilienses, Tacito *ann. lib.* 4. *cap.* 43. Tambien perteneció esta prohibicion á los municipios que se regian por el derecho civil, pero no á las ciudades que se gobernaban por sus leyes propias. Hein.

TEXTO.

De divisione hæreditatis.

5. Hæreditas plerumque dividitur in duodecim

uncias, quæ assis apellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta hæc, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet; nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit: et si unum tantùm quis ex semisse, verbi gratia, hæredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testamento spectatur. Et è contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem dividere.

TRADUCCION.

Muchas veces la herencia se divide en doce onzas que vienen comprendidas bajo el nombre del as. Estas partes tienen sus nombres propios desde la onza hasta el as, tales como el sextante, cuadrante, triente, quincunce, semise, septunce, bes, dodrante, dextante y deunce. No siempre, empero, es preciso que haya doce onzas; pues que el as está compuesto de tantas onzas como quiere el testador; y si este, por ejemplo, hubiere instituido á uno solo en el semise, todo el as vendrá en dicho semise comprendido; pues que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, sino el militar, á cuya sola voluntad se atiende en el testamento. Y por el contrario, puede cualquiera dividir la herencia en cuantas onzas quisiere (a).

NOTAS.

5. *In duodecim uncias*). Esta es la solemne division del as, *l.* 13. §. 1. *h. t.* porque es su número perfectamente divisible. Diod. Siculo *eclog.* 40. Galen. *d. cui an. pec. not. et med.* le llama τελειοτητοσ συμβολὸν, es decir, el signo mas perfecto Hermias *in Phæd.* Plat. τῶν ἀριθμῶν μονα εκώτατωσ, esto es, el mas armonioso de los números. V. á Cuya. en *d. l.* 13. Duar. 2. *disp.* 56. y á Fabroto *ad Theoph.*

Non semper duodecim uncias). No es siempre necesario que la distribucion se haga en doce onzas, sino que el testador puede dividir la herencia en un número mayor ó menor de ellas, *d. l.* 13. §. 2. 5. *y ult. l.* 18. *eod. l.* 13. *c. de lib. et post. Paulo.* 3. *sent.* 4. Puede tambien dividirlas en partes alicotas, como por ejemplo en dos mitades, tres tercios, etc. *l.* 2. §. 7. *de col. l.* 46. *de adquir. hæred.*

Unum ex semisse). O bien en alguna otra parte de la herencia. Lo mismo sucede si uno hubiese sido instituido en una cosa cierta, por ejemplo, en un fundo; pues entónces si fuere solo se considera como si no se hubiese hecho mencion de la cosa, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *h. t. l.* 41. *in fine de vul. et. pup.*; mas si tuviere un coheredero instituido indefinidamente ó en una parte de la herencia entónces se considerará como á legatario, *l.* 13. *C. h. t.*

Ex parte testatus). *L.* 7. *d. regulis jur.* Por un hecho posterior, sin embargo, puede suceder que uno muera parte intestado; á saber, rescindiéndose en parte el testamento, *l.* 15. *in fine*, *l.* 24. *de inof. test.*

Nisi sit miles). El militar puede desde un principio morir testado solo en parte, *l. pen. l.* 2. *de cast. pec. l.* 6. *l.* 19, *de test. mil. l.* 2. *C. eod.*, porque en este caso representa la persona de dos hombres, *l.* 17. §. 1. *eod.* Asi pues, si el militar hubiere instituido á uno; por ejemplo, en el semise, en cuanto al otro semise se considerará haber muerto intestado, y entrarán los herederos legítimos, *l.* 19. *l.* 37. *de test. mil.*; y lo mismo tambien en el caso de la *l.* 6. *eod.*

(a) L. 16. tit. 3. P. 6.

COMENTARIO.

1. *Cuál fué el uso y en qué cosas del as y de sus partes?*
2. *Es lícito al testador distribuir la herencia en cuantas partes quisiere.*
3. *El que aquel que solo ha sido instituido en una parte de la herencia ó en una cosa cierta se haga heredero de todos los bienes, mas se funda en una sutileza del derecho que en la voluntad del difunto.*
4. *Por qué razon no permite el derecho civil que uno muera en parte testado y en parte intestado?*
5. *Si el testador puede prohibir el derecho de acrecer?*
6. *En los testamentos militares no tiene lugar la regla anterior.*

Síguese la otra parte de este título en la que se trata de aquello que el heredero ó herederos escritos consiguen por la razon del derecho y por la voluntad del difunto; para la mejor esplicacion é inteligencia de lo cual quiso esplicarnos el emperador en cuantas partes se divide comunmente la herencia por una distribucion civil y solemne, manifestándonos los nombres de dichas partes para que tengan de ellos conocimiento los estudiosos del derecho. Se vale para esto de las palabras de Ulp. en la *l.* 50. §. *ult. h. t.*

1. *In duodecim uncias quæ assis appellatione*). El as es la mas pequeña de entre todas las monedas; de aqui aquellas frases *ad assem perdere, reddere: ad assem omnia perdere.* Cuando se trata de pesos en la division de una herencia ó de un fundo significa un entero ó un todo que consta de doce onzas, del mismo modo que la libra entre los pesos; y de ahí tambien aquellas

otras frases *ex asse possidere, l. pen. qui satisd. coq. in assem vindicare*, *l.* 40. §. 1. *de leg.* 3. y otras muchas de la misma especie. Volusio Mesiano *lib. de pond. in pr.* dice que es necesario saber la division del as en sus partes no solo para cuando se instituyen muchos herederos, sino tambien para muchas otras cosas; pues el uso del as y de sus partes y en general del número doce fué muy frecuente entre los romanos, no solo en las herencias, pesos y medidas, sino tambien en la division de los cuerpos, por ejemplo, de un fundo, *l.* 8. *de reiv. l.* 59. §. 2. *de evic.*; y tambien de los cosas incorporales, como obligaciones y acciones, §. 9. *inf. de fid. hæred.* Los Romanos tambien dividian las usuras segun las partes del as, partiéndolas en onzas, sextantes, cuadrantes, trientes, etc., como puede verse en *l.* 7. §. 10. *in fine l.* 47. §. 4. *de admin. tutelæ l.* 21. §. 4. *de ann. leg. l.* 5. §. *ult. ad. leg. Fal.* Tambien los astrólogos dividen todas las cosas en doce partes, los meses, las horas, los signos y la latitud de estos, lo que advierte Cuyacio en la *l.* 13. *h. t.* Duareno *lib.* 2. *disp.* 36. da sacándola de Galeno la razon del frecuente uso de dicho número, cuya razon no dan los jurisperitos; á saber, porque ningun otro número puede dividirse tan fácilmente en tantas partes. Καὶ γὰρ ἥμισυ ἔχει, καὶ δίμοιρον καὶ τέταρτον, ἕκτόν τε καὶ δωδέκατον; es decir, *pues del número doce se tiene la mitad, las dos terceras partes y la cuarta.* Duareno refiere integro el lugar de Galeno.

Habent hæ partes propria nomina). Refiere desde luego los nombres propios de cada una de las partes contentándose con empezar desde la onza como lo hace Ulp., aunque tambien esta puede dividirse en partes mas pequeñas; por ejemplo, en dos semiuncias, en tres duelas, en cuatro sicilicos, en seis sextulas, en veinte y cuatro escriptulas, de las que trata el mismo Meciano en dicho lugar. Varron *lib.* 4. *de ling. lat.* da la razon de estos nombres, y Volusio Meciano explica su etimologia, *lib. de ponderibus*; pero mucho mejor Salmasio *de mod. us. pag.* 251. Debe advertirse que tambien puede la herencia dividirse en partes naturales, como en dos mitades, *l.* 2. §. 7. *de collat.*, en tres tercios, en cuatro cuartos, §. 8. *inf. eod.*, en seis sextos *l.* 76. *de adquir. hæred.*

2. *Quos testator voluerit*). Aunque segun se ha dicho la distribucion solemne y acostumbrada del as es en doce partes ú onzas, puede con todo el padre de familias dejar de seguir dicha distribucion, y dividir la herencia en tantas partes ú onzas como quisiere, ya en mas ya en menos, *l.* 13. §. 1. 2. 3. *y ult. h. t.* Por lo tanto, si por ejemplo el padre de familias instituyere á tres herederos á cada uno de ellos en el quincunce será válida su voluntad, dividiéndose su patrimonio en quince onzas. Si tan solo hubiese instituido dos el uno en el triente y el otro en el cuadrante se considerará haber dividido la herencia en siete partes, *d. l.* 13. §. *ult. l.* 18. *eod. l.* 13. *in pr. de lib. et posth.* Por esta misma razon se defiende lo que está dispuesto en la ley 3. *C. de test. mil.*, á saber, que el militar que instituyere en dos onzas de la herencia á su hija y á su muger en una sin decir nada de lo sobrante, se considera haber querido dividir la herencia en tres partes, y no que haya querido morir en parte testado y en parte intestado, á pesar de que está esto concedido al militar. Ya, empero, haya el testatador hecho mas partes, ya haya hecho menos, siempre se divide tácitamente la herencia en doce partes, *d. l.* 12. §. *h. t.* VINN. No parece que esté puesta fuera de razon la conjetura del doctísimo Varon Pagenstechero *aphor. jur. h. t.* §. 109., que hace derivar esta distribucion del as del modo de testar por la moneda y la libra; á lo menos parece que se daba un as por el as hereditario, y como que se compraba todo el as hereditario, de ahí puede sacarse la razon de aquel antiguo axioma: *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado.* HEIN.

3. *Si unus ex semisse totus as in semisse*). Cuando solo se ha instituido un heredero, aun cuando lo sea en una parte cierta de la herencia, por ejemplo, en el triente, en el semise ó en otra aun mas pequeña, conseguirá la herencia de todos los bienes como si hubiere sido instituido en todo el as. Sin embargo, creo que mas bien se funda esto en una sutileza del derecho y en la regla por la que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, cuya regla se da tambien poco despues por razon, que no en la voluntad del difunto, la cual no admite esta interpretacion tan fácilmente en el caso en que solo se ha instituido á uno en alguna parte de la herencia sin darle coheredero como en el en que han sido instituidos muchos en varias partes. Efectivamente, si por ejemplo, se hubiesen nombrado tres herederos señalando á cada uno de ellos una onza, puede con razon decirse que el testador ha hecho uso de una distribucion arbitraria y que ha dividido toda la herencia en tres partes iguales, lo que no puede decirse del mismo modo cuando solo ha sido instituido uno en el cuadrante ó en la cuarta parte,

de la herencia. Por esta razon, aunque en aquel caso en atencion á la libertad de distribuir el as y de la voluntad del testador se observe lo mismo en el testamento del militar que en el de los paganos, *l.* 5. *C. de test. mil.* no sucede así en el segundo á causa de la regla que limita las facultades de los paganos y no las de los militares; y por lo tanto, si se hubiere instituido tan solo á un heredero por un pagano en una cierta parte del as, esta parte atrae á sí á las otras; pero si lo fuere por un militar lo restante de la herencia irá á los herederos ab intestato, segun muy bien pensó Viglio, y expresamente se dice en las instituciones griegas. Pero si uno solo hubiere sido instituido, no en una parte de la herencia, sino en una cosa cierta, por ejemplo, en un fundo: tambien en este caso conseguirá todos los bienes como si hubiere sido instituido simplemente, y sin haberse hecho mencion ninguna de la cosa, *l.* 41. *in fine de vulg. et pup.*; pues pugnando en cierto modo entre sí la sucesion del derecho universal como es la herencia y la adquisicion de una cosa singular, por la potestad del derecho se precinde de la mencion de la cosa, considerándose como que este heredero hubiese sido universalmente instituido, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *h. t.* Mas tampoco esto se observa en el testamento del militar, porque tambien se funda en una sutileza del derecho, y en la regla anterior que segun hemos visto no tiene lugar con respecto á los testamentos militares, *l.* 6. *de test. mil.*

4. *Ex parte testatus ex parte intestatus*). Nuestro derecho no permite, dice Pomponio, que una misma persona, siendo pagano, muera en parte testado y en parte intestado, *l.* 7. *de reg. jur.*, como que estas dos cosas testado é intestado pugnan naturalmente entre sí, á la manera de las cosas afirmativas y de las negativas, ó como que la una no puede estar con la otra, ni decirse entrambas con verdad de un mismo sujeto, segun aquella regla de los lógicos acerca de la oposicion. Y á la verdad, sin una contradiccion manifiesta no puede decirse que una sola y misma persona muera en parte testado y en parte intestado respecto del todo ó de una misma parte de los bienes: pero nada prohibe que digamos que una misma persona ha muerto en parte testado y en parte intestado, si esto lo entendemos de diferentes partes de los bienes. Solo la sutileza del derecho civil hace que tambien en este caso haya alguna contradiccion; pues por el mismo se finje que el heredero representa y hace las veces de la persona del difunto, cuya representacion como que es de toda la persona por esto debe ser total y como que es de un solo individuo debe ser uniforme; es decir, que así como el difunto no debe ser representado en parte, así tampoco debe serlo por herederos de diversa especie testamentarios y legítimos, sino que todo el que fuere heredero debe hacer enteramente las veces del muerto, y representarle por un solo modo de sucesion, ó todo por testamento ó todo ab intestato. Y esto es lo que escribe M. Tulio *l.* 2. *de inv cap.* 21. *que no puede haber muchos herederos por diferentes causas de unos solos bienes, y que nunca ha sucedido que de un mismo patrimonio haya un heredero por testamento y otro por la ley.* Gomez 1. *resol.* 3. *n.* 5. *y* 10. *n.* 27. da la razon de esto diciendo que es una cosa absurda que por una ficcion que imita á la naturaleza se represente una sola persona por medio de cualidades contrarias, que naturalmente no pueden existir á la vez en un mismo hombre, §. 4. *sup. de adop. l.* 5. *de accep.*: véase á Hotomano *aqui*. Por mi parte, empero, pienso que en dicha *l.* 7. *de reg. jur.* por esta palabra *naturalmente* se entiende lo que estaba admitido por la costumbre, como sucede algunas veces en otras partes, *l.* 16. §. 4. *de min. l.* 22. §. *ult. loc.* Así tambien debe entenderse aquello de Ulp. que es la ley de la naturaleza que aquel que nace fuera de legítimo matrimonio siga la condicion de la madre; es decir, que es una ley de una costumbre general sacada de alguna razon natural, *l.* 24. *de statu hom.* pues esta regla solo proviene de la costumbre de los romanos mismos, y no tiene lugar en ninguna otra nacion ni aun entre los romanos mismos en los testamentos de los militares. De esta regla nace tambien, aunque no como de una causa próxima y adecuada, el derecho de acrecer entre muchos herederos testamentarios; esto es, que faltando uno de ellos acrezca su parte á los otros que fueron herederos, *l un* §. 10. *Cod. de cad. toll. l.* 59. §. 3. *h. t.* Es verdad que puede suceder que aquel que murió en un principio enteramente testado y cuya herencia fué ya adida en virtud del testamento, por un accidente ó un hecho que sobrevenga resulte en parte intestado, y se quite al heredero escrito una parte de la herencia rescindiéndose en parte el testamento por la querella inoficiosa *l.* 15. *in fine l.* 24. *l. seq.* §. 1. *de inof. test.* Sin embargo, esto no destruye la regla, la cual queda cumplida con tal que se ada la herencia de aquel que desde un principio hizo testamento conforme á derecho, por cuanto no se

refiere á lo que despues sobreviene, segun la *l. pen.* §. 2. *de cast. pec.*; por lo que, si solo uno hubiere sido instituido en una parte cierta, por la potestad del derecho percibirá todo el as.

5. Pero que sucederá en el caso en que el testador digere que no quiere que el heredero escrito tenga las demas partes de la herencia y prohibiere expresamente el derecho de acrecer? Del mismo modo que nadie puede hacer testamento á no ser observando lo prescrito por las leyes, *l. 4. qui. test. faciunt l. pen.* §. 2. *de cast. pec.*, asi tampoco nadie puede disponer en su testamento que no se observen en él las leyes, *l.* 55. *de leg.* 1., de manera que es enteramente manifiesto que el testador no puede por ninguna disposicion suya hacer que se le suceda de diferentes maneras con testamento y ab intestato. Será, pues, preciso que digamos ó con Bartolo en la *l.* 9. §. 13. *h. t. y en la l.* 29. *ad S. C. Trebel.*, que todo el testamento se destruye por dicha prohibicion quedando, empero, los herederos ab intestato obligados á restituir al heredero escrito como por via de fideicomiso la parte que se le señala en el testamento; ó bien que subsistiendo esta se considera por no puesta la prohibicion acreciendo al heredero instituido las demás partes de la herencia por mas que lo prohiba el testador. Esta última opinion es mas conforme á la razon del derecho, como de lo que hasta aquí se ha dicho se deduce claramente, y tiene en su favor mayor número de autores, segun Viglio *aqui*. No obsta á ello lo que Ulp. en la *l.* 9. §. 13. escribe y objeta Vasquio *lib.* 1. *de suc. crea.* §. 3. *n.* 6. de que los instituidos en una cosa cierta consiguen toda la herencia como si fuesen simplemente instituidos, á no ser que manifiestamente se oponga la voluntad del testador; puesto que con esta cláusula no quiere el jurisconsulto dar á entender que si el testador hubiere prohibido que el resto de la herencia acrezca á los instituidos se vicie por esto la institucion, ó deba dejarse dicho residuo á los herederos legítimos; sino que los instituidos en partes desiguales de una cosa cierta, quienes de otro modo por la razon del derecho serian herederos por iguales partes como si no se hubiera hecho mencion de estas ni de la cosa, *d. l.* 9. §. 13. *y l. sig.*, cuando fuere manifiesta la voluntad del testador serán herederos en partes desiguales; á saber, proporcionalmentente en las expresadas en la cosa cierta, como en el caso propuesto por Ulp. en que el uno sucederá en el triente y el otro en el bes, que son las partes expresadas en el fundo; cuya desigualdad se introducirá no *ipso jure* sino por el oficio del árbitro en el juicio de dividir la herencia, *l.* 25. *in. pr. eod.* Hay, con todo, un medio parecer que propone y sostiene Saliceto en la *l.* 13. *C. de her. inst.* y del que no se aparta el doctísimo Bacovio; á saber, que la mencionada prohibicion no impide que el heredero instituido se haga tal *ipso jure* respecto de todo el as: sino que su efecto es que el heredero esté obligado á restituir como por via de fideicomiso las partes de la herencia que el testador no quiso que acreciesen á los sucesores ab intestato, por un argumento de semejanza tal como se propone en la *l.* 7. 17. *y* 29. *ad S. C. Trebel.* §. 3. *inf. quibus modis testamenta infirmantur.* Cuya opinion no deja de parecerme fundada; pues favorece á la voluntad de los difuntos, quedando á salvo la razon del derecho, pudiendo acomodarse á la misma la cláusula de dicha *l.* 9. §. 13. de la que poco antes hemos hablado. Tambien nuestro Viglio inventó un medio parecer; pero al tratar de conservar la voluntad del testador peca manifiestamente contra la razon del derecho, fingiendo una institucion tácita de los herederos legítimos en aquellas partes de la herencia que el testador no quiso que acreciesen al heredero escrito; cuya institucion, siendo enteramente desconocida por nuestro derecho, y no osando disimular esto el mismo Viglio, estoy persuadido que hubiera desde luego y sin vacilar abrazado la opinion de Saliceto si alguno se la hubiese propuesto.

6. *Nisi sit miles cujus sola voluntas*). Mas arriba en el *tít. de mil. test.* hemos manifestado que nada de lo que se funda mas bien en una sutileza que en una razon natural tiene lugar en los testamentos de los militares y en su interpretacion. Entre esto se cuenta tambien la regla propuesta que prohibe que nadie muera en parte testado y en parte intestato; y por lo tanto, solo la entendió de los paganos Pomponio, *l.* 7. *de reg. jur.* Asi pues, si por ejemplo, un militar hubiera instituido á uno heredero en un fundo no se detrae la mencion de este por la potestad de la ley; sino que con respecto á lo restante de la herencia se considera haber muerto ab intestato, entrando los herederos legítimos, *l.* 6. *de test. mil. l.* 2. *C. eod.* Lo que tambien creo que tiene lugar cuando hubiere instituido á uno en una parte de la herencia, *l.* 16. *d. t.* y si hubiere instituido muchos herederos, y uno de ellos no adiere la herencia la parte no adida no acrecerá á los otros, sino que se deferirá á los herederos ab intestato, á no ser que apareciere ser

otra la voluntad del testador, *l.* 37. *eod.* Lo mismo que se observa respecto de una parte de los bienes tiene lugar tambien por lo que hace á un periodo del tiempo, pudiendo el militar nombrar heredero desde y hasta cierto dia, de modo que mientras el heredero escrito no lo es tienen la herencia los ab intestato, *l.* 15. §. 4. *l.* 41. *in pr. eod.* Véase á Duareno en el *tit. de test. mil.*

« Siendo en España permitido asi á los « paisanos como á los militares morir en parte testados y en parte intestados, *l.* 1. *tit.* « 18. *lib.* 10. *N. R.* se deduce de aqui que « cesará entre nosotros el derecho de acrecer « en todos los casos en que los romanos lo « admitian por necesidad, debiéndose consi- « derar corregidas todas las leyes de Parti- « das que hablan del mismo en los referidos « casos. No debiendo, empero, la correccion « de las leyes extenderse á mas de lo que exi- « je la necesidad, subsistirá aun el derecho « de acrecer siempre que proviene de la vo- « luntad presunta del testador, la cual man- « da dicha ley 1.ª observar religiosamente. « Asi pués, cesará el referido derecho, con- « tra lo que disponia el derecho romano, en « el caso en que hubiere instituido un here- « dero en una cosa cierta ó en una parte ali- « cuota de la herencia, como muy bien y « latamente prueba Vela, *dis.* 47. *num.* 58.; « y tambien cuando hubiere muchos here- « deros instituidos, ya simplemente, ya con « señalamiento de partes; á no ser que se « pruebe la contraria voluntad del testador; « pues que el que nombra heredero de este « modo no se considera en caso de duda, que « quiere tenga lugar el derecho de acrecer, *l.* « 37. *de test. mil.* Pero si el testador hubie- « re unido á muchos herederos en alguna co- « sa ó parte alicuota de la herencia, se con- « siderará haber querido que tenga lugar el « derecho de acrecer, y tendrá lugar en efec- « to del modo que con mas extension dire- « mos en el §. 8. *del tit. de leg.*

TEXTO.

De partionibus singulorum hæredum. Si testator assem non diviserit, aut partes in quorumdam persona non ultra assem expresserit

6. Si plures instituantur hæredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex æquis partibus hæredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliquá pars assi deerit, ex ea parte hæres sit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eamdem partem concurrunt. Si verò totus as completus sit ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, et ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec interest, primus an medius, an novissimus sine parte hæres scriptus sit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

TRADUCCION.

De las porciones de cada uno de los herederos. Si el testador no hubiere dividido el as, ó no hubiere expresado las partes mas allá del as en la persona de cada uno.

Si se instituyere a muchos herederos, en este caso solo es necesaria la distribucion de partes cuando el testador no quiere que sucedan por partes iguales; pues es bastante claro que cuando estas no se han expresado son todos herederos igualmente. Expresadas, empero, las partes en la persona de cada uno, si hubiere alguno instituido sin señalamiento de parte, y sobrare alguna del as será en ella heredero; y si hubiere muchos instituidos sin señalamiento de parte todos concurren en ella. Mas si todo el as hubiere sido distribuido, entónces aquellos que tienen señalados las partes suceden en la una mitad y el otro ó los otros en la otra mitad. Ni hay diferencia entre que sea el primero, el segundo ó el último quien se ha instituido sin señalamiento de parte; pues que se considera llamado a aquella que sobra (a).

NOTAS.

6. *Nullis partibus nominatis, ex æquis*). *L.* 9. §. 12. *h. t. l.* 19. §. *ult. de leg.* 1. Debe, con todo, saberse que los unidos se consideran como una sola persona; por ejemplo, si el testador hubiere dicho: *sea heredero Ticio, Seyo y Mevio sean herederos*, ó bien, *Ticio y los hijos de mi hermano sean herederos*. En este caso, los unidos tendrán una mitad y Ticio la otra mitad, *l.* 15. *in pr. l.* 59. §. 2. *h. t. l.* 34. *de lege* 1. *l. unica* §. 10. *C. de cad. tol.* á no ser que se pruebe que la conjuncion se ha hecho solo en obsequio de la brevedad *l.* 66. *h. t.*

Si vero totus as completus). *L.* 17. *in pr.* §. 3. *y* 4. *eod.* En pocas palabras; aquel á quien no se ha señalado parte tiene la porcion sobrante ó bien otro as, *l. ult. secund. tab.*

In dimidiam partem). Esto es, en un semise si se hace la distribucion solemne del as; de otra suerte será llamado á otro as aunque producirá esto los mismos resultados.

COMENTARIO.

1. *Entre los instituidos sin señalamiento de parte se divide igualmente la herencia, aun cuando á*

(a) L. 17. tit. 3. P. 6

no haberse hecho testamento hubiesen debido suceder desigualmente.

2. *Cuanto debe tener aquel que ha sido instituido sin señalamiento de parte cuando ya se ha distribuido el dupondio?*
3. *Malamente Hotomano en la* l. 17. §. ult. h. t. *en vez de* triente *pone* tressem.
4. *En qué se manifiesta principalmente el error de Hotomano?*

Vimos lo que se observa cuando tan solo hay un heredero instituido; á saber, que él es el solo heredero en todo el as, no solo cuando ha sido instituido simplemente ó sin señalamiento de parte, sino tambien cuando lo ha sido en una parte de la herencia; y por lo tanto, tambien cuando en una cosa cierta. Pasa ahora el Emperador en este párrafo y en los dos siguientes á manifestarnos que es lo que sucede cuando hay muchos herederos instituidos, y en que parte se entiende llamado cada uno de ellos. Deben distinguirse aquí segun se verá en lo sucesivo tres casos; primero, cuando han sido instituidos muchos sin señalamiento de partes; segundo, cuando unos lo han sido con dicho señalamiento y otros sin él; y tercero, cuando á todos se ha señalado parte.

1. *Nullis partibus nominatis ex æquis partibus*). Este es el primer caso en el que no hay dificultad ninguna á causa de la claridad de la voluntad del testador, quien si hubiese querido que los instituidos le hubiesen sucedido desigualmente hubiera señalado las partes, *l.* 9. §. 12. *h. t.*; por cuya razon se observa tambien lo mismo cuando se ha legado una cosa á muchos sin señalar partes, *l.* 19. §. *ult. de leg.* 1. Y la misma interpretacion de la voluntad é igual particion seguimos, aun cuando aquellos que han sido instituidos sin expresion de parte hubiesen debido, en caso de no haberse hecho testamento, suceder ab intestato por partes desiguales; porque una vez hecho el testamento ya no suceden por derecho de proximidad ó representacion, sino por título y derecho de institucion por voluntad del difunto, quien es creible que con su testamento quiso derogar la sucesion legítima, á no ser que por congeturas se probare lo contrario. Así piensa, insiguiendo á otros, Wesembecio *aquí* y en *sus paratítlas eod. n.* 6. Lo que debe tenerse presente es que si hubiere á la vez unidos y desunidos, aquellos se consideran como una sola persona, *l.* 34. *de leg.* 1. *l. unica* §. 10. *C. de cad. tol.* Asi por ejemplo, en esta institucion: *sea heredero Ticio: Seyo y Mevio sean herederos*: Ticio tendrá un semise, es decir, tanto por sí solo como los dos unidos Seyo y Mevio entre los dos, *l.* 50. §. 2. *h. t.* Llámanse conjuntos ó unidos tambien y principalmente aquellos que son instituidos bajo una palabra colectiva, *l.* 13. *in pr. eod.*; sobre la fuerza de cuya conjuncion véase á Mant. *de con. ult. volum. lib.* 4. *tit.* 11. *n.* 12. *y siguientes.*

Partibus in quorundam personis expressis). Este es el segundo caso que comprende otros tres; pues, ó bien las partes señaladas no llegan al as, ó le igualan ó le esceden. Los dos primeros se tratan aquí y el tercero en el párrafo 8. Por lo que hace al primer caso dice, que si habiéndose señalado las partes de algunos de los herederos sobrare aun algo del as se adjudicará este residuo á aquel ó aquellos á quienes no se ha señalado parte. Por ejemplo, si se hubiere instituido á dos, á cada uno de ellos en el cuadrante, el tercero á quien no se le hubiere señalado parte tendrá lo que sobrare del as, es decir, el semise. Tambien dice lo mismo Ulp. *l.* 17. *in pr. eod.*, sin que tampoco este caso ofrezca duda ninguna. El segundo es cuando las partes expresadas igualan ó llenan el as, del cual en pocas palabras dice aquí el Emperador: *que si todo el as se hubiere distribuido, aquellos á quienes se ha señalado parte son llamados en la una mitad, y el otro ú otro en la otra*; es decir, que cuando despues de haberse distribuido el as se instituye otro heredero sin señalársele parte en este caso como que la institucion no puede limitarse á ningun residuo del as es verosímil que el testador quiso pasar á un nuevo as, ó sea á un dupondio, y dividir la herencia en veinte y cuatro onzas, por consiguiente, aquel que ha sido instituido sin señalársele parte tendrá aquel otro as, ó si hubiere muchos se dividirá entre todos ellos, *d. l.* 17. §. 3. *y* 4.; ó si el dupondio se reduce al as como hizo Justiniano, los indefinidamente instituidos tendrán entre todos el semise; pues es igual en entrambos casos la proporcion.

2. Del mismo modo si uno hubiere distribuido todo el dupondio é instituido además un tercer heredero sin señalarle parte, se entiende que ha pasado el tripondio, y por lo tanto este tendrá el tercer as, ó bien el triente si se reduce á un as, §. 8. *inf. eod.* Y este es el sentido del jurisconsulto cuando en *d. l.* 17. §. *ult.* dice que despues de distribuido el dupondio aquel á quien no se ha señalado parte no adquiere otro as sino el triente; es decir, no adquiere otro as opuesto al dupondio que ha sido ya reducido al as, ó que reducida la distribucion del testador á la solemne division de un solo as haga la mitad de toda la herencia, de modo que él solo adquiera tanto como entre todos

los otros, segun sucede cuando uno ha sido instituido sin señalamiento de parte despues de distribuido el as, de cuyo caso habia tratado en los §§. 3. *y* 4.; sino tan solo aquella parte que reducido el todo á un as haga el triente del mismo, y que en la distribucion del testador, ó sea en el tripondio solo corresponda á un as ó á doce onzas.

3. No puede, pues, admitirse la opinion de Francisco Hotomano quien, diciendo que este lugar del jurisconsulto está equivocado, quiere que en vez de *triente* se ponga *tressem, ó tripondium*, como que el jurisconsulto hubiese dicho: *qui dupondio distributo sine parte institutus est, non in alium assem sed in tressem venit.*; cuya oracion es manifiestamente, ó del todo falsa ó contradictoria. Falsa, si tomamos esta palabra *tressem* por los tres ases unidos, ó sea, por las treinta y seis onzas, en las que se supone dividida toda la herencia; pues de este modo sucederia que todo lo adquiriria aquel á quien se instituyó sin señalársele parte. Contradictoria, si la misma palabra se toma por el tercer as ó por uno de los tres, pues esta proposicion *qui dupondio distributo sine parte scribitur non venit in alium assem* es manifiestamente contraria de esta otra: *qui dupondio distributo sine parte scribitur venit in tressem* si por esto último se entiende venir en un nuevo, en otro, en un tercer as. Qué es, empero, lo que movió á Hotomano á mudar este texto? No otra causa sino el objeto de mudar una opinion enteramente agena de la razon que siendo jóven aun introdujo y que renovó despues siendo ya de mas edad, tratando de defenderla á toda costa, *l.* 8. *obser. l.* 2. Pensó Hotomano que del mismo modo que cuando se ha distribuido todo el as, aquel á quien no se ha señalado parte viene en otro as, ó reducido el todo á un as, él solo consigue el semise; del mismo modo tambien cuando se ha distribuido todo el dupondio, aquel que se halla instituido sin habérsele señalado parte conseguirá el semise reduciendo el dupondio al as; pues que segun él la razon no permite que en este caso consiga tan solo el triente, y el semise en el primero. Asi pues, viendo Hotomano que dicho lugar de Ulpiano obstaba clarisimamente á su opinion, mudó á su arbitrio el modo de leerse el referido lugar sustituyendo *in tressem venit* en vez de *in trientem venit*, cuyas palabras si seguimos á Hotomano significarán que el heredero instituido conseguirá diez y ocho onzas en el caso propuesto. Pero nada hay que pugne mas diametralmente con la razon y proporcion que esta opinion de Hotomano, sin que le aproveche en nada la variacion que hace en el modo de leerse el lugar citado; puesto que no puede decirse sino de dos modos que uno *veniat in tressem*; á saber, por los que poco antes dijimos; siendo muy estraño que un varon por otra parte de mucho talento no echase de ver la manifiesta desemejanza de estas cosas. En cuantas mas partes se divide una cosa tanto menos perciben de ella cada uno. Sucede esto tambien en la distribucion de la herencia, y por lo tanto si esta hubiese sido dividida en treinta y seis partes ú onzas como en el caso propuesto; cuando se instituyere heredero á alguno sin señalársele parte despues de haberse distribuido todo el dupondio, no puede ni debe dicho instituido conseguir una porcion tan grande del todo, es decir, de la herencia, como aquel que ha sido instituido sin señalársele parte despues de haberse distribuido todo el as ó sea cuando la herencia solo se ha dividido en veinte y cuatro onzas. Efectivamente, qué cosa mas clara que el que las onzas deben ser menores en el tripondio que en el dupondio, y menores á su vez en este que en el as, y que reducido todo al as solemne, una onza de este corresponderá proporcionalmente á dos del dupondio y á tres del tripondio! Valgámonos de ejemplos facilísimos y casi pueriles como hace Hotomano. *El primero sea heredero en doce onzas. El segundo sea heredero.* En este caso el segundo que ha sido instituido sin señalársele parte tendrá doce onzas. *El primero sea heredero en doce onzas; séalo tambien en doce onzas el segundo; y el tercero sea tambien heredero.* Aqui tambien tendrá doce onzas el tercero; pero doce onzas que en el as legal no hacen tanto como las doce del caso anterior; pues en aquel cada una de ellas valia media onza de las del as solemne; y en este solo una tercera parte.

4. Mas claro y manifiesto es aun el error de Hotomano al hacer la reduccion y las detracciones. En el caso propuesto no quita nada al 3.° que ha sido instituido sin señalársele parte, y al 1.° y 2.° les quita á cada uno la mitad de la suya, esto es, seis onzas de las doce que han sido señaladas á cada uno, y esto con el objeto de hacer el dupondio, del cual teniendo el 3.° doce onzas y el 1.° y el 2.° seis tan solo cada uno, reduce despues el dupondio al as de manera que quita al 1.° y 2.° la mitad de la parte que les habia dejado en el dupondio; esto es, tres onzas á cada uno y al 3.° seis; de suerte que este solo consiga el un semise, y el otro los otros dos juntos. Esto, empero, no debe admitirse en ningun modo; pues siendo por interpretacion del derecho llamado el 3.° á

una parte determinada no menos que los otros dos á quienes se ha señalado esta, y siendo instituido en una parte igual á las partes que se han expresado, igual debe ser la detraccion que sufra á la que los otros experimentan; y por lo tanto, si en el caso propuesto queremos reducir los tres ases distribuidos á uno solo deberán hacerse dos reducciones y otras tantas restas ó deducciones proporcionalmente iguales en las porciones de cada uno. La primera será del tripondio al dupondio, y en ella deberá detraerse á cada uno la tercera parte; esto es, cuatro onzas, y la segunda del dupondio al as, en la cual para que quede el as solo, deberá deducirse á cada uno la mitad. Por último, por una razon de analogia se observa lo mismo cuando habiéndose distribuido algo mas del dupondio se instituye á uno sin señalársele parte, que cuando se verifica esto sin haberse distribuido nada mas allá del dupondio; de modo que asi como en este caso el instituido tiene íntegro el tercer as pero nada mas, asi tambien en aquel tiene lo que falta que distribuir del tercer as, *l.* 18. *eod.* Véase á Ant. Fab. 5. *conj.* 20.

TEXTO.

Si pars vacet, aut exuperet.

7. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit hæres institutus, quid juris sit; veluti si tres ex quartis partibus hæredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacitè pro hæreditaria parte accedere, etc. perinde haberi, ac si ex tertiis partibus hæredes scripti essent. Et ex diverso, si plures hæredes scripti portionibus sint, tacitè singulis descrescere; ut si verbi gratia quator ex tertiis partibus hæredes scripti sint, perinde habeatur, ac si unusquisque ex quarta parte hæres scriptus fuisset.

TRADUCCION.

Si vacare o sobrare alguna parte.

Veamos lo que sucede cuando sobrando alguna parte no hay instituido ningun heredero á quien esta no se haya señalado: por ejemplo, si se ha instituido á tres herederos en la cuarta parte á cada uno. Y consta que la parte sobrante acrece á cada uno á proporcion de la parte hereditaria, considerándose lo mismo que si hubiesen sido instituidos en la tercera parte. Y por el contrario, si hubiere mas herederos que porciones, decrece tácitamente á cada uno, de modo que si, por ejemplo, se hubiere instituido á cuatro herederos en la tercera parte, se considera lo mismo que cada uno hubicse sido instituido en la cuarta parte (a).

NOTAS.

6. *Ex quartis partibus*). Esto es, cada uno en el cuadrante, ó sea en tres onzas; y así tambien debe entenderse lo que se dice luego despues *ex tertiis partibus*; es decir, en el triente, ó sea en cuatro onzas cada uno.

COMENTARIO.

Este párrafo pertenece al tercér caso cuando á todos los herederos instituidos se les ha señalado su parte. En este cáso, si el testador ha seguido la solemne distribucion del as sin hacer mas ni menos partes ú onzas que doce, no puede ocurrir duda ninguna. Solo cuando hubiere hecho mas ó menos y quisiéremos segun la razon del derecho reducirlas á doce, puede preguntarse qué parte debe añadirse ó quitarse á cada uno, y se quiso que la adicion ó detraccion se hiciese, no por partes iguales ó viriles; sino á proporcion de aquella que á cada uno se hubiese señalado, *l.* 13. §. 2. *y sig. h. t.*

Si tres ex quartis partibus, etc.). Esto es, si se hubiere instituido á tres, ó á cada uno en el cuadrante, ó sea en tres onzas. Dice, *parte vacante*, esto es, el cuadrante que sobra ó sea las tres onzas que hay que distribuir para completar el as, *á proporcion de la parte hereditaria*. Aparecerá esto con mayor claridad si se hubieren señalado partes desiguales; por ejemplo, si el testador hubiere dicho, *sea heredero Ticio en el cuadrante y Mevio en el semise*; pues aqui de las tres onzas que faltan que distribuir para completar el as acrecerán una á Ticio y dos á Mevio, *d. l.* 13. §. 3.; lo mismo que si aquel hubiese sido instituido en el triente y este en el bes. Estas partes que sobran acrecen á cada uno necesariamente, y por la misma razon por la que el resto de la herencia al que solo ha sido instituido en una parte de ella, á saber, porque la razon del derecho no permite que á una misma persona se le suceda en parte por testamento y en parte ab intestato.

Si quator ex tertiis partibus, etc.). Esto es, si hubiere cuatro instituidos, cada uno en el triente ó sea en cuatro onzas. Dice que *tácitamente decrece á cada uno*, esto es, á proporcion de la parte hereditaria, de modo que cada uno de ellos tenga el cuadrante. Asi pues, si hubiere dos instituidos; el primero en doce onzas, y el segundo en seis, aquel tendrá segun la opinion de los antiguos el bes, y este el triente de la herencia, *d. l.* 13. §. 4. *h. t.* Y por analogía, si el primero fuese instituido en doce onzas y el segundo en ocho ó nueve, la porcion del primero será una vez y media mayor que la del segundo; de cuya opinion de los antiguos pa-

(a). L. 18. tit. 3. P. 6.

rece haberse apartado Justiniano en la *l.* 25. *C. de leg.*, á no ser que digamos con Donelo *lib.* 6. *com. cap.* 22. que debe distinguirse entre si se ha dejado el as ó las doce onzas al primero, y luego el semise ó las seis onzas al segundo simplemente, ó seis onzas ó sea la mitad de la misma cosa ó todo que se deja; y que solo en este caso tiene lugar la constitucion de Justiniano, quien al principio propone tambien el ejemplo del mismo modo; mas no así en el primer caso, en lo que estoy conforme con Donelo, pues que este, como que no habia respecto de el duda alguna entre los antiguos no necesitaba tampoco la decision de Justiniano. A todo esto añado que tampoco puede hacerse de otro modo la division en el caso propuesto, de suerte que se pase al dupondio, y lo que falte distribuir de este acrezca á cada uno á proporcion de la parte hereditaria. Tambien pueden seguirse las partes hechas por el testador de modo que cada uno lleve las suyas, *l.* 15. §. *ult.* *l.* 47. §. 1. *l.* 87. *h. t.* VINN. La constitucion de Justiniano trata dos casos; el primero es cuando Ticio lega el fundo Corneliano á uno *in solidum* y luego despues lega la mitad del mismo á otro. En este caso los Sabinianos creian deber seguirse la proporcion geométrica *l.* 80. *de leg.* 1. *l.* 13. *de liber. et post.*; los Proculeyanos, empero, preferian la aritmética. De ahí es que aquellos adjudicaban al primer legatario el bes, y al otro el triente, y estos daban iguales partes á cada uno, cuya opinion última aprueba Justiniano. El segundo caso que pone es cuando Ticio legó dos veces el fundo Corneliano á uno, y luego una sola vez al otro, ó bien el mismo fundo primeramente por separado á Mevio, y en seguida á Mevio y á Sempronio juntamente. Tambien en este caso los unos adjudicaban al primero el bes y al segundo el triente, y los otros daban iguales partes á cada uno; fundándose para ello en las mismas razones; y Justiniano sancionó tambien la opinion de estos últimos. De ningun modo, pues, se opone dicha constitucion á la doctrina que se establece en este párrafo; pues en él se trata del as hereditario y no del legado. HEIN.

TEXTO.

Sed plures unciæ, quàm duodecim, distributæ sunt.

8. Et si plures unciæ, quàm duodecim distributæ sint, is, qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

TRADUCCION.

Si se hubieren distribuido mas onzas de las doce.

Y si se hubieren distribuido mas onzas de las doce aquel que ha sido instituido sin señalársele parte tendrá lo que sobrare del dupondio, y lo mismo sucederá si este se hubiere distribuido del todo: cuyas partes despues se reducen al as aunque hubiere muchas mas onzas (a).

COMENTARIO.

1. *Enuméranse algunos casos omitidos aquí.*

Mas bien estaria este parrafo despues del párrafo cinco, á causa de la analogía de lo que en entrambos se propone, pues pertenecen los dos al mismo caso; á saber, al segundo de los tres en que se divide el presente tratado; es decir, al caso en que son instituidos unos con señalamiento de parte y otros sin ella, como puede verse en nuestra explicacion de dicho párrafo cinco.

Quod dupondio deest). Lo mismo se observa respecto del segundo as que del primero, y por lo tanto del mismo modo que cuando no se ha distribuido todo el as, aquel á quien no se ha señalado parte tiene lo que falta para distribuir, así tambien cuando el testador hubiere distribuido algo mas que el primer as, pero sin haber distribuido todo el dupondio, el instituido sin parte tendrá lo que sobrare del dupondio al cual se considera haber pasado el testador al excederse del as *l.* 18. *h. t.* Por lo que, si hubiere dicho: *El primero sea heredero en ocho onzas, séalo tambien en ocho el segundo; sea heredero el tercero*. En este caso este tendrá las ocho onzas que faltan que distribuir del dupondio, y por la misma razon si hubiere dicho: *El primero sea heredero en seis onzas y en ocho el segundo, y además sea heredero el tercero*, este tendrá las diez onzas que del dupondio sobran, *l.* 87. *h. t.*; y si como se acostumbra reducimos las partes á un as solo, en el primer caso cada uno de los instituidos tendrá el triente, y en el último el primero tendrá el cuadrante, el segundo el triente y el tercero, á quien no se ha señalado parte, el quincunce.

Idemque erit si dupondius expletus sit). Parece que dijo *expletus* en vez de *superatus*; pues no se trata aquí del caso en que solo se ha distribuido todo el as ó el dupondio, sino del en que se ha distribuido algo mas, cuyo caso es diferente, aunque se ob-

(a) L. 17. y 19. tit. 3. P. 6

serva en entrambos lo mismo, *l.* 17. §. *ult. eod.*; y tanto aquel que solo ha distribuido el as ó el dupondio y que ha instituido á un heredero sin señalarle parte se considera haber pasado á un dupondio ó tripondio, como aquel que lo verificó habiendo distribuido algo mas que el as ó el dupondio; de suerte que del mismo modo que en este caso, aquel á quien no se ha señalado parte se considera llamado en lo que sobra del dupondio ó tripondio, asi tambien en aquel se considera instituido en un nuevo, esto es, en un segundo ó tercer as.

1. Hay tambien otros casos que pertenecen aquí, y los ha omitido Triboniano tal vez de propósito. Tales son los siguientes: 1.° Cuando se hubiere instituido á uno solo, no simplemente ó en una parte de la herencia, sino en una cosa cierta; por ejemplo, en un fundo, cuya institucion se quiso que valiera, consiguiendo el instituido todos los bienes como si no se hubiera hecho mencion del fundo, *l.* 1. §. 4. *h. t. l.* 41. *in fine de vul. et pup.* de cuyo caso hablé mas arriba en el párrafo cinco de este título. 2.° Cuando hubiere muchos instituidos, todos ellos tambien en una cosa cierta, en cuyo caso se detrae igualmente por la potestad de la ley la mencion de la cosa y de las partes señaladas, aun cuando hubieren sido instituidos en partes desiguales, á no ser que otra cosa persuada la voluntad manifiesta del testador; pues que entónces el señalamiento de partes se tendrá en consideracion para la division de la herencia, de modo que por el oficio del juez se adjudicará esta á cada uno á proporcion de la parte que le señaló en la cosa el testador, *l.* 19. §. 13. *l.* 10. *l.* 35. *in principio eod.* 3.° Cuando hubiere muchos instituidos, algunos de los cuales lo fueren en una cosa cierta, y otros simplemente ó en una parte de la herencia, en cuyo caso se dispuso que solo fuesen herederos los instituidos simplemente ó en una parte alícota, considerándose como legatarios los instituidos en una cosa singular, *l.* 13. *Cod. eod.* Pero por qué tanta variedad? No por otra causa sino por que cuando solo hay herederos instituidos en una cosa cierta, si queremos que subsista el testamento, y que en virtud de él se defiere la herencia segun quiso el testador, necesariamente debe detraerse la mencion de la cosa, puesto que no puede á la vez uno mismo ser heredero, esto es, sucesor del derecho universal, y tener tan solo una cosa singular. Cuando, empero, concurren con estos herederos otros instituidos indefinidamente, ó en una parte cierta de la herencia, entónces ya no hay necesidad ninguna de que se detraiga la mencion de la cosa en que uno ó muchos han sido instituidos; puesto que pueden tenerla por via de legado, quedando á salvo la razon del derecho y la voluntad del difunto, que subsistirá por medio de los coherederos instituidos simplemente, ó en una parte de la herencia. Con todo, si faltaren los herederos de la universalidad, porque no quisieron adir la herencia ó por haber premuerto, entónces segun la comun opinion de los doctores en dicha ley trece sucederá enteramente lo mismo que si los instituidos en una cosa singular hubiesen sido solos desde un principio, aunque algunos, y entre ellos Bacovio, no admitan esta opinion, sino en el caso en que los coherederos hayan muerto durante la vida del testador: véase á Gomez 1. *resol.* 10. *n.* 13.

«En España aunque la *l.* 17. *tit.* 3. *P.* 6. «*vers. Eaun*, establezca la primera parte «de este párrafo que habla del derecho de «acrecer, con todo, la parte que sobrare «pertenecerá no á los herederos escritos, si «no á los ab intestado; por lo que mas arriba «dijimos en el párrafo cinco de este título.»

TEXTO.

De modis instituendi.

9. Hæres purè sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest: veluti, *post quinquennium, quàm moriar*; vel ex, *Calendis illis*, vel *usque ad Calendas illas hæres esto*. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse: ac si purè hæres institutus esset.

TRADUCCION.

De los modos de instituir

Puede ser instituido heredero puramente y bajo condicion pero no desde ó hasta cierto tiempo; por ejemplo: para despues de cinco años que yo haya muerto ó *bien* desde ó hasta tales calendas sé heredero. *Finalmente el dia señalado se tiene por no puesto considerándose lo mismo que si el heredero hubiese sido instituido puramente.*

NOTAS.

Sub conditione). Por ejemplo: *Sea heredero Ticio si se casare con Mevia.* En este caso la institucion está en suspenso, y no será válida hasta tanto que exista la condicion, y entónces se retrotraerá esta al tiempo de la muerte, considerándose lo mismo que si la institucion se hubiese hecho puramente; pero si la condicion faltare se invalida la institucion, y se defiere la herencia

ab intestato, *l.* 26. *de cond. inst. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pig.*

Ex certo tempore). La razon de esto es porque la regla que prohibe que ningun pagano pueda morir en parte testado y en parte intestado tiene lugar tambien respecto del tiempo *l.* 41. *de tes. mil.* *l.* 8. *C. eod.*, en donde lo que se dice nace de la prerogativa de los militares. No tiene, empero, lugar en la condicion, cuyo cumplimiento se retrotrae, y el dia incierto se considera tambien como condicion, *l.* 75. *de cond. et dem.*

Usque ad calendas). Hay aqui tambien la especial razon de que por nuestro derecho nadie puede tener un heredero temporal, *l.* 7. §. 10. *de min. l.* 88. *h. t.*

COMENTARIO.

1. *Cual es la institucion que los antiguos llamaban captatoria?*
2. *Los herederos suyos no pueden ser instituidos bajo otra condicion que la potestativa.*
3. *El dia cierto añadido a la institucion ya como término á quo, ya como termino ad quem se tiene por no puesto.*
4. *Por qué razon el dia cierto añadido á la institucion como término á quo no la suspende á la manera de la condicion?*
5. *En los testamentos el dia incierto se tiene por condicion?*
6. *Si vale el legado del usufructo de todo los bienes cuando se ha instituido el heredero para despues de la muerte del usufructuario?*

Entramos ya en la tercera parte de este título en la que se trata del modo de instituir los herederos y de las cláusulas que pueden ó no añadirse á la institucion; pero el emperador no habla de todo lo que aquí pertenece, contentándose con indicar algo acerca de lo mas principal; á saber, la condicion y el dia. Antes de entrar en la esplicacion de esto debemos advertir que es absolutamente de la esencia de la institucion el que se haga con palabras idóneas, de modo que por ellas pueda conocerse la voluntad del testador, aunque nada importa que dichas palabras sean imperativas ó directas, ú oblícuas, *l.* 15. *C. de test.* Debe tambien hacerse de suerte que conste ciertamente la persona del heredero, ya por su nombre, ya por otra señal indudable, de otro modo se vicia la institucion, *l.* 9. *in. pr. y* §. 8. *y sig. l.* 62. §. 1. *h. t. l.* 4. *C. eod.*

1. Tambien es inútil la institucion si el testador nombrare heredero sin determinado consejo ó tratare de conseguir una herencia agena. Por lo que los antiguos reprobaron lo mismo la institucion que se confiere en ageno arbitrio, como si dijera: *sean mis herederos aquellos que Ticio quisiere*, *l.* 42. *y* 68. *eod.* que la captatoria que se hace con objeto de conseguir la herencia agena, cuando el testador defiere la suya, por decirlo así, como por cebo para lograr la de otro; por ejemplo, de este modo. *Sea mi heredero Ticio en la misma parte en que él me instituyere*, *l.* 70. *y sig. eod. l.* 64. *de leg.* 1.; cuyas instituciones hasta en los testamentos de los militares se reprueban *l.* 11. *eod. de test. mil.* Vale, empero, la institucion hecha de este modo: *Sea mi heredero Ticio en la misma parte en que él me instituyó*; porque refiriéndose á lo pasado no tiene por objeto el adquirir una herencia de otro, sino el remunerar un beneficio, *l.* 71. *y* 81. §. 1. *h. t.* Tampoco se consideran captatorias las instituciones hechas por un mútuo afecto, *d. l.* 70. *eod.*; y por lo tanto valen sin duda alguna las mútuas instituciones de los consortes, Tuldeno *de test. mil. n.* 9., en donde refuta de paso á Duckero que es de contrario parecer, *lib.* 1. *dis.* 7. Entremos ya en la esplicacion del texto.

2. *Sub conditione institui potest*). Condicion es una circunstancia por la que se suspende hasta el cumplimiento de un suceso futuro lo que queremos dar ó hacer (a); y es ó posible ó imposible. Esta no puede añadirse á la institucion y se considera como no puesta, segun dirémos luego. La posible puede ponerse, y su efecto es que suspende interinamente la institucion, la que no empieza á tener efecto hasta que aquella existe, en cuyo caso se considera como pura; pero si faltare, la institucion se invalida defiriéndose la herencia ab intestato (b). Solo se exceptua el hijo de familia á quien no puede imponerse otra condicion que la potestativa, á no ser que en caso contrario se le desherede, para que si falta la condicion no se encuentre preterido contra lo que dispone la *l.* 4. 5. 6. *y* 86. *h. t. l.* 13. *y ult. de cond. inst.* Lo mismo debe decirse actualmente de los demas descendientes que están en la potestad y son herederos suyos, desde que todos ellos fueron igualados á los hijos de familia, §. 5. *d. tit ant.* Equivócanse pues los doctores al pensar que actualmente si un heredero suyo fuere instituido bajo una condicion casual ó mixta no se viciará la institucion, sino que por la potestad del derecho se prescindirá de la condicion hasta lo que alcance la lejítima, que no puede gravarse con disposicion ninguna que importe dilacion ú otra carga, segun la *l.* 32. *C. de inof. test.*; pues no advierten que en

(a) L. 1. tit. 4. P. 6. y l. 1. tit. 4. P. 6.
(b) L. 7. y sig tit. 4. P. 6.

dicha ley no se trata de los descendientes instituidos, sino de los desheredados, á quienes se ha dejado algo por via de lejítima. Efectivamente, habiendo Justiniano en la *l.* 30. *y sig. C. eod.* mandado cesar la querella inoficiosa en caso que se hubiese dejado algo, por poco que esto fuese, á los descendientes y suplir lo que faltase si se babia dejado menos de la lejítima, habiendo en esto mudado el derecho antiguo, por el que no se excluia la querella, á no ser que se hubiese dejado toda la porcion lejítima ó en caso de haberse dejado menos se hubiese añadido la cláusula de que se supliese por el arbitrio de un buen varon, *d. l.* 42.; modificó con lo que se sigue las anteriores disposiciones, las que quiere que se observen de manera que los descendientes consigan toda la porcion lejítima sin ningun gravámen ni mora. Posteriormente, dispuso tambien que debiese dejarse la lejitima por título de institucion *Nov.* 115. *cap.* 3., sobre lo que hablarémos con mas extension en el *tit.* 18.

3. *Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest*). La explicacion de esto es algun tanto mas dificultosa. Dice *desde cierto tiempo etc.* Con cuyas palabras dá tacitamente á entender la diferencia que hay entre el tiempo ó dia cierto y el incierto, y que lo que aquí se dice no pertenece á entrambos, sino tan solo á uno de ellos; á saber, al cierto, y efectivamente es así. El dia ó es cierto, ó incierto. Del incierto luego hablarémos: el cierto es cuando estamos seguros que vendrá y sabemos el instante en que llegará. Semejante dia puede ponerse de dos modos á la institucion; o como término *á quo*, por ejemplo: *sé mi heredero despues que hayan pasado cinco años desde mi muerte*; ó como término *ad quem* como: *sé mi heredero hasta cinco años despues de mi muerte.* De ninguno de estos dos modos empero, puede ponerse, y esto es lo que el emperador dice que desde ó hasta cierto tiempo no puede instituirse heredero; no porque la adicion del dia vicie la institucion enteramente, sino porque se prescinde de él como viciosamente añadido, y se considera por no puesto; pues del mismo modo se explica en seguida al decir que el dia añadido se considera por no escrito, observándose lo mismo que si la institucion se hubiese hecho puramente. En breves palabras explica esto el jurisconsulto en la *l.* 34. *h. t.* en la que dice: *La herencia no puede darse desde ó hasta cierto dia, sino que quitado el vicio del tiempo subsiste la institucion.* El prescindirse del dia es por una interpretacion benigna, á fin de que no se invalide la última voluntad del difunto, y el que á no ser prescindiéndose del dia no puede subsistir la institucion se funda en la regla que prohibe que ningun pagano pueda morir en parte testado y en parte intestado, cuya regla hemos propuesto y explicado en el §. 5. *sup. eod.*; pues que no solo pertenece la misma á una porcion de bienes, sino tambien á un espacio de tiempo, *l.* 41. *in pr. de test. mil.* Hay tambien una razon especial cuando se añade el dia como término *ad quem.*; á saber, porque nuestro derecho no permite que nadie tenga un heredero temporal; sino que segun el mismo aquel que una vez fué heredero es preciso que siempre continue siéndolo, *l.* 7. §. 10. *de min. l.* 88. *h. t.*

4. Tal vez se preguntará por alguno porqué razon cuando se instituye heredero desde cierto dia no se suspende la institucion, quedando hasta que el dia llegue sin ningun heredero, lo mismo que cuando se instituye bajo de condicion, y que diferencia hay entre que se diga, *sea heredero Ticio de aqui á cinco años*, ó *séalo si se casare?* Hay entre esto la diferencia que la fuerza y naturaleza de la condicion es tal que suspende todos los actos á los que se añade y los efectos del derecho, de modo que si faltare no se considera haberse hecho nada, y si existiere se reputa lo mismo que si desde el principio se hubiese verificado sin condicion, *l.* 8. *de per. et com. rei ven. l.* 11. §. 4. *qui pot. in pig.* Por consiguiente, cuando se ha instituido heredero bajo condicion está en suspenso toda la disposicion del testador, de modo que si aquella faltare no se considera haber tenido lugar disposicion ninguna, y se defiere la herencia ab intestato; y si existiere, se retrotrae al tiempo de la muerte, de suerte que lo que fué dispuesto bajo condicion se considera haberlo sido puramente, *l.* 26. *de cond. inst.* El dia cierto, empero, es de diversa naturaleza; primero, en cuanto nunca suspende la fuerza ó efectos del derecho, y solo se añade útilmente á alguna cosa, por ejemplo, á un legado ó estipulacion, con el objeto de diferir su ejecucion, §. 2. *inf. de verb. obl. l.* 213. *de verb. signif. l.* 17. *de reg. jur. l.* 21. *quando dies leg.* Así pues, si al heredero instituido desde cierto tiempo se le prohibe ser heredero antes que el mismo llegue, el dia añadido producirá sus efectos mas allá de su naturaleza y aun contra ella, suspendiendo los efectos del derecho, y léjos de ello deberia ser admitido desde luego, principalmente siendo cierto que ha de llegar el dia, lo que no sucede en la condicion. Tambien se diferencia el dia de la condicion en que no así como esta

puede aquel tretrotraerse; esto es, que verificada la adicion despues de haber llegado el dia no puede unirse y continuarse con el tiempo de la muerte del testador: cuya continuacion es sabido que la exije el derecho, *l.* 54. *de acquir. hæred. l.* 138. *de reg. jur.*, á no ser que prescindamos de todo el tiempo intermedio; pues que si queremos que subsista como añadido útilmente, ya nó suspendemos la institucion de modo que no haya entre tanto ningun heredero, sino que interinamente damos entrada á los ab intestato, lo que no permite la razon del derecho.

5. Esto por lo que hace al dia cierto. El dia incierto es ó entero y simplemente tal; á saber, cuando no aparece ninguna de estas dos circunstancias, ni si ha de llegar, ni cuando; por ejemplo, si el testador hubiere dicho: *sea heredero Ticio cuando fuere nombrado Cónsul ó cuando se casare*; ó *secundum quid* cuando solo es incierta una de dichas cosas, ignorándose tan solo si llegará el dia; por ejemplo, si se dijere, *Ticio sea heredero cuando llegue á la edad de catorce años*: ó solo se ignora el cuando, por ejemplo, el dia de la muerte de alguno. Respecto del dia incierto tenemos una regla general de Papiniano concebida en estos términos: *el dia incierto se tiene por condicion en los testamentos*: *l.* 75. *de cond. et dem.* El sentido de dicha regla es, que asi como la condicion añadida á un testamento no se detrae sino que suspende la disposicion; así tambien sucede con el dia incierto; y que del mismo modo que solo existiendo la condicion es válida la disposicion, así tambien se observa lo propio respecto del dia incierto. Y ya se ignoren entrambas circunstancias si ha de venir el dia y cuando, ya se ignore tan solo si ha de venir, no hay duda ninguna que semejante dia se tendrá por condicion. *l.* 21. *y sig. quando dies leg.* (a) pero si fuere cierto que ha de existir, aunque se ignore el cuando; entónces pienso que deberá distinguirse, si el dia se refiere á un extraño ó al mismo heredero. En el primer caso, por ejemplo, cuando se dijere: *Ticio sea heredero cuando Sempronio muriere,* el dia se tendrá por condicion, porque puede suceder que el heredero instituido muera antes que Sempronio, con cuyo argumento se defiende que es condicional un legado hecho de este modo: *de mi heredero cuando muera diez á Ticio, l.* 1. *de cond. et dem. l.* 4. *in pr. quando dies leg.* Si empero, se refiriere al mismo heredero por ejemplo, *Ticio sea heredero cuando muera,* no pienso que se tenga por condicion, porque ni cuando de este modo se pone á un legatario se tiene por tal, *d. l.* 4. §. 1. *l.* 79 *in pr. de cond. et dem.*; y por lo tanto, debe detraerse como un dia cierto que ha de existir precisamente durante la vida del heredero, y la institucion debe considerarse pura; y esta es la comun opinion de los intérpretes en la *l.* 9. *C. h. t.*, segun Gomez 1. *resol.* 2. *n.* 11. Manifiestamente falso es lo que en este lugar escribe Bacovio que este legado *doy, lego diez á Ticio cuando muriere* es condicional, contra los textos expresos de las leyes 5. *y* 79. *de cond. et dem.* y la *l.* 4. §. 1. *quando dies leg.* En la *l.* 62. *h. t.* se halla un caso singular de una institucion desde un dia incierto; á saber, cuando uno fuere instituido para aquel tiempo en que será capaz de adquirir la herencia, cuyo caso con todo se limita por todos los doctores á aquellos que son solo relativa y no absolutamente incapaces; tales como los que no tienen hijos y los célibes, quienes no hay duda que pueden ser instituidos herederos para cuando tuvieren hijos ó se casaren. Angelo no cree que sea absurdo instituir á un deportado para cuando fuere restituido, y el mismo autor limita la respuesta del jurisconsulto en dicha *l.* 62. al caso que la incapacidad proviniere tan solo de la parte del instituido, no, empero, de la del testador; pues que un hijo espúreo no puede ser instituido por su padre para aquel tiempo en que sea capaz.

6. Pregúntase si en el caso en que se hubiere dejado el usufructo de todos los bienes á la mujer instituyéndose por heredero á Ticio para despues de la muerte de aquella, si vale en este caso el legado? Muchos son de opinion de que este legado es inútil á causa de que el dia del usufructo legado no cede antes de haber sido adida la herencia, *l. unica* §. 2. *quando dies usuf. leg. cedit. l.* 2. *y* 3. *quando dies leg. l. unica* §. 6. *C. de cad. toll.* En el caso propuesto, empero, no puede adirse la herencia mientras vive la mujer á causa de que el dia incierto se reputa por condicion; ni tampoco puede confirmarse el legado de usufructo por medio de la adicion de la herencia verificada despues de la muerte de la mujer, por cuanto por esta se extingue el usufructo. Sin embargo, la mayor parte á cuya opinion me inclino, son de parecer que es válido semejante legado. Efectivamente, en el caso propuesto la institucion de heredero no es condicional, sino que debe entenderse que se hizo puramente por lo tocante á la propiedad; y esto segun la misma mente del testador, quien quiso que se debiese puramente

(a) L. 31. tit. 20. P. 6. vers. *Otros.*

el legado, no siendo creible que haya elejido un medio por el cual se destruya toda su disposicion, la ley 29. §. 1. *de lib. et post. l. 3. de testam mil.* Asi pues, podrá el heredero adir la herencia desde luego y transmitirla, porque el dia de la muerte que se le ha añadido en este caso no tiene por objeto invalidar la institucion, sino tan solo el que interinamente no perturbe á la mujer en el usufructo. Que sucederá, empero, si el heredero instituido no quisiere adir la herencia? Baldo responde en la *l.* 9. *C. h. t.* que en este caso podrá la mujer usar y disfrutar de hecho, pero lo mas seguro será que implore con este objeto el oficio del juez: véase á Covar 2. *var. resol.* 2. *n* 5.

« En España desde que por la ley 1. *tit.* « 18. *lib.* 40. *Nov. Rec.* se permitió á los pai« sanos morir en parte estados, y en parte « intestados segun dijimos mas arriba en el §. « 5., no parece haya nada que impida pue« da instituirse heredero desde ó hasta cierto « tiempo para el efecto de que durante el « tiempo restante pertenezca la herencia á los « sucesores ab intestato. Por esta razon juzgó « acertadamente Antonino de Torres en el §. « 10. *de las inst. h. t.* estar correjida la ley « 15. *tit.* 3. *P.* 6. en cuanto la misma con« formándose con el derecho romano estable« cia que no podia ponerse un dia cierto en « la institucion en los testamentos de los pai« sanos. Como, empero, cesa la razon para « hacer extensiva la correcion á la segunda « parte de la misma ley 15. *vers. Pero y* « *sig.* en donde se trata del dia incierto, que« da subsistente lo que en ella se establece; « á saber; que puede uno ser instituido he« redero desde el dia de su muerte; acerca « los efectos de cuya institucion véase á Greg. « Lop. en la *glos.* 6. á dicha *ley.* 15. Si los « descendientes del testador fueren institui« dos bajo una condicion no potestiva, se « prescinde de esta, y va la institucion como « si fuese pura, *l.* 11. *tit.* 4. *P.* 6. *l.* 9. *del* « *mismo tit. y P.* y en ellas Greg. Lop.

« En la audiencia de Cataluña hay la cons« tante y no interrumpida práctica de no « admitir llamamiento de hijos puestos en « condicion sino en los únicos casos de impo« nérseles gravámen ó de llamarse los hijos « del mas remoto sustituto, y esto aun cuan« do haya en su favor muchisimas conjetu« ras, Don. *tom.* 1.° *pag.* 59. Vives *tom.* 2. « *pag.* 298. *y sig.*

TEXTO.

De conditione impossibili.

10. Impossibili conditio in institutionibus etc. legatis, nec non in fideicommissis, et libertatibus, pro non scripta habetur.

TRADUCCION.

De la condicion imposible.

La condicion imposible en las instituciones y en los legados, como tambien en los fideicomisos y en las libertades se considera por no puesta (a).

NOTAS.

Impossibilis conditio). A la que es semejante la que pugna con las leyes ó con las buenas costumbres, *l.* 14. *y sig. de cond. inst.*; la perpleja, empero, vicia la institucion, *l.* 16. *eod.* VINN. Hablando con propiedad la condicion imposible no es condicion, porque de ella no está pendiente el acto de ningun evento incierto, antes por el contrario el evento es certisimo. HEIN.

COMENTARIO

1. *La condicion imposible ó dificil á causa de la cualidad de la persona á quien se ha puesto no se reputa imposible.*
2. *La condicion imposible no vicia las últimas voluntades, pero si los contratos, y porqué tanta variedad?*
3. *La condicion torpe se considera tambien imposible, y por lo tanto se tiene por no puesta.*

La condicion imposible, segun Justiniano, es aquella que por naturaleza no puede existir, por ejemplo: *si tocares el cielo con el dedo*, §. 11. *inf. de inut. stip.* (b). Tambien aquellos hechos que naturalmente y en sí son posibles pueden por casualidad ó por la adicion de alguna circunstancia llegar á ser imposibles. Asi por ejemplo, exijir dinero, hacer un monumento, ir de Cadiz á Roma son cosas posibles; pero exijir dinero de si mismo, hacer un monumento en tres dias despues de la muerte del testador, ir de Cadiz á Roma en un dia son cosas imposibles. Empero, ya sea la condicion imposible en si, ya por alguna circunstancia se observa que la institucion hecha bajo semejante condicion no se vicia, sino que prescindiéndose de esta, se considera por no puesta la condicion *l.* 1. *l.* 6. *l.* 20. *de cond. inst.*, á no ser que la condicion sea perpleja ó tal que haga imposible, ó mas bien perpleja ó inexplicable la misma institucion, de suerte que la voluntad del difunto no pueda llevarse á efecto; pues esta condicion viciará la insti-

(a) L. 3. tit. 4. P. 6.
(b) L. 4. tit. 4. P. 6.

tucion, *l.* 16. *de cond. inst.* (a). Tambien en las otras últimas voluntades, por ejemplo, en los legados y fideicomisos, la condicion imposible se considera por no puesta, *l.* 12. §. 1. *l.* 104. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 5. §. 4. *quan. dies leg.*; pues en general todo lo imposible que se pone en el testamento se considera que no tiene fuerza ninguna, *l.* 45. *h. t. l.* 3. *de cond. et dem* (b). Sin embargo, la condicion dificil no pertenece aqui, por mas que en atencion á la cualidad ú otra causa de la persona á quien se ha puesto aparezca imposible, sino que á no ser que se cumpla la condicion no se adquirirá lo dejado en el testamento (c). Supóngase que se ha dejado la libertad á un siervo bajo la condicion de que dé mil al heredero. En este caso no se detraerá la condicion, sino que será inútil la dacion de la libertad segun responde Paulo en la *l.* 4. §. 1. *de statu. lib.* Lo mismo se observa cuando la condicion se ha puesto para un tiempo tan largo que en él aquel á quien se da la liberrad dificilmente pueda vivir; por ejemplo, si á un siervo de edad de cuatro años se le da la libertad para cuando tuviere ciento, sobre lo que véase á Francisco Amaya *lib.* 2. *obser. jur. cap.* 11. (d).

2. Otra cosa sucede en las estipulaciones y contratos, los que no son de ningun momento y se vician enteramente cuando se les añade una condicion imposible §. 11. *inf. de stip. l.* 7. *de verb. oblig. l.* 31. *de oblig. et actio.*, donde tambien se indica la razon de semejante diferencia; á saber, porque es manifiesto que aquellos que al contraer ponen ó permiten que se ponga una condicion imposible no tienen intencion de obligarse ellos, ni de obligar á los demás; sino que es creible que se burlan, y que su intencion es no hacer nada; pero respecto del testador no es creible que en una cosa tan seria y pensando en la muerte al ordenar su última voluntad no haya obrado con seriedad, y haya querido burlarse, lo que seria una especie de impiedad; sino que es mas probable que cometió una equivocacion, la que se enmienda por ley en favor de las últimas voluntades, para que no resulte perjudicado el heredero á quien nada puede imputarse, y á fin de que no se destruyan los demás capítulos bien ordenados del testamento *arg. l.* 2. *de cond. inst.*

(a) L. 5. tit. 4. P. 6.
(b) L. 3. tit. 4. P. 6.
(c) L. 4. d. t. sobre lo que véase á Greg. Lop. en la Glos. 1. de la misma y en la Glosa cuarta de la cit. t. 4. P. 6
(d) L. 17. tit 11. P 5.

3. Semejante á la imposible es la condicion torpe, á la que los intérpretes hacen una especie de aquella, llamándola imposible de derecho, y es aquella que pugna con la piedad, con las buenas leyes ó con las costumbres; pues segun muy bien dice nuestro Papiniano en la *l.* 15. *de cond. inst. debe considerarse como que no podemos hacer aquellas cosas que son contra la piedad, la fama ó el pudor y en general contra las buenas costumbres.* Y por lo tanto, si semejante condicion se hubiere puesto en un testamento se observará lo mismo que si se hubiere puesto una condicion imposible; es decir, que se considerará por no escrita, *l.* 14. *de con. inst.*; por ejemplo, si se hubiere dicho *sea heredero Ticio si no redimiere á su padre del poder de sus enemigos, ó si no diere alimento á sus padres ó patrono* (a). Paulo dice que semejantes condiciones han de dispensarse, *l.* 9. *d. t.* lo que para los efectos del derecho viene á ser lo mismo; pues siempre se adquiere la herencia ó legado del mismo modo que si no se hubiesen puesto. Sin embargo, si el hijo que está abajo la potestad fuere instituido heredero con semejante condicion anulará el testamento del padre como si la condicion no fuese potestiva, *d. l.* 15. *eod.*; lo que segun dijimos en el párrafo precedente debe hoy dia hacerse extensivo á todos los demás herederos suyos. La condicion torpe anula tambien los pactos y estipulaciones á los que se ha añadido, segun dijimos se observaba respecto de la condicion imposible de hecho, *l.* 21. *y* 61. *de verb. oblig. l.* 4. *C. de inut. stip.* (b).

« En España si el testador instituyere á « sus hijos bajo una condicion torpe valdrá la « institucion teniéndose aquella por no pues- « ta segun las *ll.* 3. 9. *y* 11. *tit.* 4. *P.* 6. »

TEXTO.

De pluribus conditionibus.

11. Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, siquidem conjunctim, ut puta, *si illud et illud factum fuerit*, omnibus parendem est: si separatim, veluti, *si illud, aut illud factum erit*, cuilibet conditioni obtemperare satis est.

TRADUCCION.

Cuando hay muchas condiciones

Si se han puesto muchas condiciones a la institucion copulativamente por ejemplo: si se hiciere esto y aquello, *todas se han de cumplir: pero si se hu-*

(a) L. 3. tit. 4. P. 6.
(b) D. l. 17. y d. l. 3.

hubieran puesto disyuntivamente como si se hiciere esto ó aquello basta cumplir cualquiera de ellas (a).

COMENTARIO.

Enséñannos los lógicos que todas las partes de una oracion copulativa han de ser verdaderas si se supone que aquella lo es, y que por el contrario es preciso que la misma sea enteramente falsa si una sola de sus partes adolece de falsedad. Conforme á esto es lo que aquí dice Justiniano de que si se han puesto copulativamente muchas condiciones á una institucion todas ellas han de cumplirse; para que de este modo se verifique la proposicion toda, y la institucion se convierta en pura; lo que tambien dice Paulo en la *ley* 5. *de conditionibus institutionum* é igualmente Scévola al hablar de una estipulacion hecha en los mismos términos, *l.* 129. *de verb. oblig.* Dice *se ha de obedecer á todas.* Dícese que obedecemos á una condicion cuando la cumplimos, y propiamente se refiere esta á aquellas condiciones que están en nuestra potestad; y á las que podemos dar cumplimiento siempre que queremos; aunque algunas veces se dice esto tambien de aquellas condiciones cuyo cumplimiento depende de la casualidad, como en la *l.* 2. *de cond. et dem.* Así que, lo que aqui se dice de que cuando se han puesto copulativamente muchas condiciones debe obedecerse á todas ellas, se ha de referir tambien al caso en que haya puestas copulativamente varias condiciones casuales, sin que para la delacion de la herencia baste que exista ó se cumpla una de ellas, sino que será necesario aguardar el cumplimiento de todas; puesto que el referido axioma de los lógicos conviene no menos á este caso que al precedente; militando tambien en entrambos la razon que da Paulo en *d. l.* 5. *de cond. inst.*; á saber, que muchas condiciones copulativas se consideran por una sola, por cuya causa es con razon reprendido de los demás intérpretes. Acursio por haber pensado que de muchas condiciones casuales copulativamente puestas basta que exista una, fundándose para ello en la *l.* 17. *eod.* que no pertenece aqui, pues habla del caso en que se han hecho varias instituciones bajo diversas condiciones; á saber, repitiéndose la institucion del mismo heredero en otra parte del testamento, Viglio aqui.

Si separatim cuilibet etc.) Dicha ley 5. *de cond. inst. d. l.* 129. *de verb. obl.* Y la razon de esto es por la oracion disyuntiva es verdadera con tal que lo sea una parte de la misma, de donde provino aquella regla del derecho pontificio de que en las cosas alternativas basta cumplir una de ellas, *reg.* 70. *in* 6. Cuyacio lee *cui libet*; esto es, en dos palabras, como que dijese, *á la que quiera.* A esto añado que las condiciones casuales deben siempre cumplirse; mas las potestativas se consideran por cumplidas cuando otro impide que puedan serlo; por ejemplo, si uno hubiere sido instituido bajo la condicion de casarse con Seya, y esta no quisiere casarse, *l.* 5. §. 5. *l.* 24. *de cond. et dem. l.* 161. *de reg. jur.*

TEXTO.

De his, quos numquam testator vidit.

12. Ii, quos numquam testator vidit, hæredes instituí possunt: veluti si fratris filios peregrinantes ignorans, qui essent, hæredes instituerit, ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

TRADUCCION.

De aquellos á quienes nunca vió el testador.

Aquellos á quienes nunca vió el testador pueden ser instituidos herederos; por ejemplo, si uno hubiere instituido herederos á los hijos de su hermano que estaban viajando, ignorando quienes fuesen; pues la ignorancia del testador no hace inútil la institucion (b).

COMENTARIO.

Tambien podemos instituir á aquellos á quienes no conocemos, con tal que no tengan otra causa de incapacidad, que no sean, por ejemplo, extranjeros, *l.* 9. *C. h. t. l.* 46. *eod.* Dos motivos podria haber aqui de duda; á saber, porque debe ser cierto el consejo del testador, y cierta tambien la persona del instituido Ulp. *tit.* 22. §. 5.; y además, porque acostumbramos á nombrar por herederos á aquellos que por sus méritos se han grangeado nuestro afecto, *l.* 9. *pro socio.* Cuando, empero, la voluntad del testador se manifiesta en favor de una persona determinada no puede decirse que sea incierta dicha voluntad, ni tampoco la persona del instituido aun cuando ignore aquel algunas circunstancias accidentales de la persona de este, por ejemplo, su nombre ó facciones. Y á la verdad, puede alguno profesar á un desconocido un afecto tal que le favo-

(a) L. 4. P. 6.

(b) L. 2. tit. 3. P. 6. vers. *E brevemente.*

rezca mucho, ya por los vínculos de la sangre como en el caso propuesto, ya por la fama de su virtud ó erudicion.

Peregrinantes). Solo los extranjeros (*peregrini*) son capaces de poder ser instituidos herederos, no los que viajan (*peregrinantes*) *l. 4. C. h. t.*; pues es muy marcada la diferencia que hay entre ellos, oponiendose los extranjeros á los ciudadanos. Los romanos establecieron por su derecho privado que ningun extranjero pudiese adquirir una herencia. Aquellos ciudadanos, empero, que viven fuera de su patria en paises extranjeros, ya por causa de sus estudios ó del comercio, ó para estudiar las diferentes costumbres de los pueblos, ó bien para recorrer las ciudades opulentas; como que no por esto dejan de ser ciudadanos, no hay razon á ninguna porque se les prohibe ser instituidos por sus compatricios, aun cuando el testador no les conozca personalmente. Cuyacio divide en dos esta palabra de este modo *peregré natos*; y así tambien atestigua Hotomano que se lee en todos los códigos manuscritos que el mismo acertó á ver, y dice que tambien está conforme Teófilo; con este modo de leerse este pasaje, aunque Bacovio reprende por dicha causa á Hotomano, porque segun él engaña al lector por cuanto Teófilo dice tambien ἐπὶ ξένης διάγοντες, es decir, que viven en pais extranjero. Mas si Bacovio procede con buena fé es preciso que confiese que miró muy lijeramente á Teófilo, por cuanto este no habla del caso en que ha sido instituido el mismo hermano que vive en pais extranjero; sino de aquel en que lo han sido los hijos de dicho hermano nacidos mientras estaba lejos de su patria.

TÍTULO DÉCIMO QUINTO.

De la sustitucion vulgar.

CONCUERDA CON EL LIB. 28. TIT. 6. DEL DIG. Y CON EL LIB. 6. TIT. 25. Y 26 DEL C. (a).

1. *Razon del método, y en qué acepciones toman nuestros autores la palabra sustitucion?*
2. *Division de la sustitucion en directa y fideicomisaria y explicacion de entrambas.*
3. *Cuando se emplea simplemente la palabra sustitucion se entiende la directa, la cual se define mas exactamente.*
4. *Manifiéstanse las divisiones que vulgarmente se hacen de la sustitucion demostrándose que se dividen muy bien en solo dos especies.*
5. *Resúmen de lo que se explica en este título.*

1. Despues de haber el emperador explicado todo lo que se requiere para la perfecta otorgacion de un testamento é institucion de heredero parecia que debia entrarse á tratar en seguida de los modos como se invalidan los testamentos bien hechos desde un principio. No obstante, siendo permitido al testador no solo instituir heredero en testamento, sino tambien sustituir otros en lugar del primer instituido, para que en caso que faltare este tenga á lo menos un heredero testamentario de segundo grado, y pudiendo tambien algunas veces cuando hizo testamento él mismo hacerlo por otro, y nombrar heredero para este, por esta causa creyó que debia explicar antes esta parte que comprende las instituciones. Qué es lo que la sustitucion es en general, dificilmente puede explicarse en una definicion genérica; pues que los autores del derecho emplean dicha palabra, no solo cuando hablan de la institucion de un segundo heredero sino tambien cuando tratan de la segunda dacion de un legado, *l. 6. C. de leg.*, é igualmente al hablar de los fideicomisos, así hereditarios como singulares, como puede verse en la *l. 41. §. 1. de vulg. et pup. l. 64. 77. 87. §. 2. de leg. 2. l. 57. § 1. y 2. ad S. C. Treb. l. 14. C. de fid.* (b).

2. De ahí es que vulgarmente se divide la sustitucion en directa y fideicomisaria. Aquella es la que se hace con palabras directas y civiles, ya sustituyendo un heredero á otro, como por ejemplo: *sea heredero Ticio y si no lo fuere Ticio séalo Seyo;* ya á un legatario otro legatario de este modo: *doy, lego á Ticio el fundo Corneliano; si Ticio no adquiere el fundo que le legué lo doy, lo lego á Seyo, l. 50. de leg. 2.*; pues que tambien esta sustitucion es directa y por lo

(a) Tit. 5 P. 6.

(b) L. 1. tit. 5. P. 6.

tanto, admitiendo el legado el primer legatario, queda aquella sin efecto, *l.* 6. *C. de leg.* La fideicomisaria es la que se hace con palabras oblícuas rogando el testador al heredero instituido que restituya la herencia ó una parte de ella, ó bien al legatario ó fideicomisario que restituyan lo que se les ha dejado á un tercero. Hácese mencion de la sustitucion fideicomisaria en varias partes como tambien en todas las leyes poco ha citadas, y de la directa en la *l.* 7. *y* 15. *h. t. l.* 5. *y* 7. *C. de imp. et al. subs. l.* 14. *C. de fid* §. *pen. inf. de cod.* No quiero decir que esta division sea perfecta; pero á lo menos pueden por la misma comprenderse las varias acepciones que dicha palabra tiene en el derecho.

3 La palabra sustitucion empleada simplemente en el uso del derecho significa (ya sea esto propiamente, ya por excelencia) tan solo la directa; y de esta únicamente aquella por la que se sustituye un heredero á otro, y esta es la causa porque muchas veces vemos que se opone la sustitucion á los fideicomisos, *l.* 6. §. 5. *ad. S. C. treb. l.* 39. §. 3. *de adm. tutelæ l.* 77. §. 13. *de leg.* 2.; los cuales se tratan en un lugar separado y bastante lejos de este al fin de este libro, sucediendo lo propio en las pandectas, en donde se trata de ellos en el *lib.* 36., al paso que de las sustituciones se habla en el *lib.* 28. Así pues, por lo que hace á este tratado, si se pregunta que es sustitucion puede decirse que es una institucion hecha en segundo ó ulterior grado ó con mas brevedad y sencillez que es la institucion de un segundo heredero, *l.* 1. *y* 43. §. 2. *in fine h. t.* (a); pues los antiguos llaman segundo heredero á cualquier sustituto, aunque la sustitucion se haya hecho en una larga série, y se encuentra uno instituido en tercero, cuarto ó ulterior grado; y esto así, teniendo en consideracion, no el órden de la escritura, sino el de la sucesion, y á causa de que todo sustituto comparado con aquel á quien se sustituye y por relacion á cuya persona recibe el nombre de sustituto; siempre está en segundo grado. Vulgarmente se da la razon de que toda institucion que se hace despues de la primera y en lugar del primer heredero se dice con razon segunda, del mismo modo que se dicen segundas nupcias las que se contraen despues de las primeras. Vinn. No es enteramente exacta esta observacion de Vinnio, pues que los sustitutos de los sustitutos son llamados herederos terceros, cuartos, quintos, etc., y no segundos. De ahí es que Suetonio *in Claudio cap.* 6. hace mencion de unos terceros herederos. Hein.

4. Unos hacen mas especies de sustituciones que otros. Los Doctores comunmente hacen cinco; á saber, la vulgar, la pupilar, la ejemplar, la brevilocua y la compendiosa (b). Llaman *ejemplar* la sustitucion del mentecato; *brevilocua*, á la que otros dan mucho mejor el nombre de *recíproca*, cuando los herederos instituidos se sustituyen mútuamente; *compendiosa*, aquella en que se pone esta cláusula *siempre que muriere*, y que comprende varias especies de sustituciones, varios casos y tiempos. Asi por ejemplo, si el padre hubiere de este modo sustituido á un hijo impúber se contendrá en esta sustitucion la vulgar y la pupilar; y tambien la ejemplar, si tal vez el hijo fuere mentecato, y hasta la privilejiada del militar, si fuere tal aquel que hizo la sustitucion Gom. 1. *resol.* 7. *y* 8. No obstante, Duareno solo pone cuatro; á saber, la vulgar, la pupilar, la cuasi pupilar y la militar, desechando la brevilocua y la compendiosa, como que mas bien son modos de sustituir que no especies diferentes la sustituciones. Pero á mi modo de entender piensan mucho mejor *Vigl. Mins. Hotom.* aquí y *Don.* 6. *com.* 23. al poner tan solo dos especies; á saber: la vulgar y la pupilar, á las cuales refieren todas las otras. Y efectivamente, si las especies de sustituciones se han de distinguir por la diferencia de casos no deben ponerse mas que dos, puesto que solo dos son los casos en los que se hace la sustitucion; á saber, 1.° cuando el instituido no fuere heredero que es el primer caso, y la condicion de la sustitucion vulgar; y segundo si fuere heredero que es el caso peculiar de la sustitucion pupilar, *l,* 4. *y* 45. *h. t. l.* 8. *C. eod.* pudiendo la sustitucion que llaman ejemplar referirse por analojía á la pupilar, y llamarse con un nombre mas propio cuasi pupilar: se trata de ella en el párrafo 1.° *del tit. sig.* La sustitucion compendiosa y la recíproca solo son diversos modos de sustituir; que pueden referirse siempre al primero ó al segundo caso, ó bien á entrambos á la vez. Que el militar pueda sustituir al hijo púbero, y aun al extraño tambien para el segundo caso directamente es una cosa extraordinaria nacida de un privilejio, sin que por ello sea necesario formar una nueva especie. Aun mas, hasta esta misma division bimembre es homónima, puesto que propiamente hablando, solo la vulgar puede llamarse sustitucion,

(a) D. l. 1.

(b) D. l. 1

por cuanto la pupilar mas bien que sustitucion es una institucion primera, pues por ella el sustituto sucede, no al testador en segundo grado, sino al pupilo en primer grado, como que hubiese sido instituido por este en primer lugar. Prevaleció, con todo, el que tambien esta se llamase sustitucion, porque debe hacerse en segundo lugar despues de haber el padre instituido heredero para sí, segun manifiesta Ulp. en la *l.* 2. *in fine h. t.*, ó bien porque la sustitucion del impúber es una parte y secuela del testamento paterno, §. 5. *tit. sig.* Creí deber manifestar de antemano esto á los estudiosos, para que al ojear los escritos de los doctores no tropezasen con dificultades.

5. En este titulo se trata de la sustitucion vulgar en pocas palabras y brevemente, si se tiene en consideracion la estension y sutileza de esta materia. Propónense primero algunas fórmulas ó modos de sustituir vulgarmente; en seguida se habla algo de los efectos de la sustitucion, para que sepamos en qué partes son llamados los instituidos cuando no se les ha señalado ninguna y hasta donde se estiende la sustitucion. Llámase vulgar del modo comun y acostumbrado de hacerse la sustitucion, ó porque puede vulgar é indistintamente hacerse á todos los herederos por cualquiera testador (a). Ya casi sabemos que cosa sea; pero luego lo entenderémos mejor despues de explicado el caso y los efectos de la condicion propia de esta sustitucion.

TEXTO.

De pluribus gradibus hæredum.

Potest autem quis testamento suo plures gradus hæredum facere; ut puta, *si ille hæres non erit, ille hæres esto.* Et deinceps in quantum velit testator, substituere potest: ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium hæredem instituere possit.

TRADUCCION.

De los varios grados de herederos.

Puede uno en su testamento hacer varios grados de herederos; por ejemplo, de este modo: si aquel no fuere heredero séalo este; *y así sucesivamente puede el testador sustituir hasta donde quisiere, de modo que en último lugar hasta puede instituir subsidiariamente á un siervo por heredero necesario* (b).

(a) L. 1. tit. 5. P. 6.
(b) Prim. d. tit. 5. P. 6.

NOTAS.

Substitutione). La sustitucion es la institucion de un segundo ó ulterior heredero, *l.* 1. *h. t.*, y es de dos maneras; una vulgar que puede hacerse por cualquiera testador tambien á cualquiera para el caso en que el instituido en primer grado no sea heredero; la otra pupilar que se hace por los ascendientes á sus descendientes impúberos que tienen en la potestad para el caso en que el hijo instituido sea heredero y muera dentro de la pubertad; á cuya especie puede referirse por analojía la sustitucion del mentecato, de la que se habla en el §. 1. *d. tit. sig.* Las sustituciones fideicomisarias no pertenecen aquí, tratándose de ellas mas abajo en el *título* 23.

Novissimo loco in subsidium). Pues es del interés de los difuntos el tener sucesores.

COMENTARIO.

1. *La sustitucion hecha en los codicilos se sostiene por fideicomiso.*
2. *Los grados de los herederos se calculan no por el órden de la escritura, sino por la série de sucesion hecha por el testador.*
3. *Esta condicion* si no fuere heredero *comprende el caso de impotencia y el de voluntad, y si cuando solo se ha expresado uno de ellos se considera tambien comprendido el otro?*
4. *Esta condicion* si no fuere heredero *se toma en diversos sentidos segun la diferente cualidad de los herederos y de la persona del instituido.*
5. *Cuando á un heredero suyo se le sustituye vulgarmente, de necesario se le convierte en voluntario, quedando, empero, á salvo la cualidad de heredero suyo.*
6. *La sustitucion vulgar no tiene efecto respecto del heredero suyo en el caso de impotencia, sino en el de voluntad.*

1. *In testamento*). Muy bien dice *in testamento* como tambien Marciano en la *l.* 36. *eod.*, de donde se ha sacado esto; pues que en los codicilos, asi como no puede instituirse heredero, tampoco puede nombrarse sustituto; puesto que tambien la sustitucion es una especie de institucion, y que de entrambos modos se defiere la herencia directamente, lo que no es lícito hacer en los codicilos, §. *pen. inf. de eod.* Sin embargo, debe advertirse que aunque la sustitucion hecha en los codicilos no vale por derecho directo se sostiene con todo por una benigna interpretacion por fideicomiso, como que se considerase haberse rogado á los herederos lejítimos que restituyesen la herencia al sustituto. Y esta opinion está comunmente admitida por el uso, no solo por la autoridad de

los doctores, sino tambien por la de las leyes *l.* 76. *ad. S. C. Treb. l. ult.* §. 1. *C. eod.*; y la abraza tambien Viglio despues de haber disputado mucho en contrario, mandándolo observar como un axioma que decide muchas cuestiones.

2. *Plures gradus hæredum*). Esto es, muchos órdenes de herederos, de suerte que unos se pongan en primer lugar, otros en segundo, otros en tercero y así sucesivamente, *l.* 2. §. 4. *de bon. poss. secundum tab.*; en cuya computacion no debe atenderse al órden con que están escritos, sino al de la sucesion. Así por ejemplo, en este caso: *Ticio sea heredero si no lo fuere Seyo: Seyo sea heredero*; Seyo que está escrito en segundo lugar es el primero en el grado y órden de la delacion de la herencia, siendo Ticio el segundo, y por lo tanto el sustituto, *l.* 28. *de hæred. inst. l.* 2. §. *pen. y ult. h. t.* Ni el nombramiento de un coheredero forma un grado, sino que todos los coherederos se consideran estar en un mismo grado; y por lo tanto, son admitidos juntamente á la sucesion testamentaria del mismo modo que á la sucesion intestada son llamados todos los que se hallan en un mismo grado de parentesco. Cuando, empero, el testador ha hecho distincion de grados, entónces los instituidos no pueden ser herederos á la vez *l.* 57. *de hæred. inst.*, ni entrará el sustituto, mientras pueda ser admitido el primer instituido, *l.* 5. *y* 59. *de adquir. hæred.* (a), exijiendolo esto absolutamente así el mismo órden de grados manifestado por el testador en virtud de su afecto hácia los herederos; puesto que así como aparece que profesa mayor amor á los instituidos en primer grado que á los sustitutos, así tambien es claro que quiere mas bien que tenga la herencia aquellos que no estos.

3. *Si hæres non erit*). Este es el primer caso y la condicion propia de la sustitucion vulgar (b). No siempre empero, se expresa este caso tan claramente como aquí sino que muchas veces lo da á entender el testador con el solo verbo *sustituir*, como si dijere; *sustituyo Mevio á Ticio*; ó habiendo instituido á muchos hubiere dicho *los sustituyo recíprocamente*. Este caso, empero, *si no fuere heredero* es general y comprende el caso de noluntad, segun hablan vulgarmente, esto es, *si no quiere ser heredero*, y el de impotencia, *si no pudiere serlo*, *l.* 56. *soluto mat.* Entrambos casos se expresan claramente en la *l.* 3. *C. de hæred. inst.* (c). En el caso de impotencia vienen tambien comprendidas otras especies inferiores, por ejemplo: *si fuere muerto ó deportado*. Y siendo, como es, diferente la razon de entrambos casos difícilmente puede admitirse la comun opinion de los doctores que refiere Gomez 1. *var. resol.* 3. *n.* 10., á saber, que expresado uno de los dos casos, ó el de noluntad ó el de impotencia, debe suplirse el otro por la interpretacion, debiendo observarse lo mismo que si se hubiesen expresado los dos; pues obsta manifiestamente á dicha opinion la *l.* 10. *de liberis et posth.* Y á la verdad, no puede decirse que aquel que ha sido nombrado sustituto para el caso en que el heredero instituido fuese deportado lo sea tambien para el en que este muriese. El que en la institucion del nieto aquiliano el caso de la muerte se haga por la interpretacion extensivo al de la deportacion y otros semejantes no debe extrañarse; puesto que segun la decision de Galo es igual la razon de todos los referidos casos, *l.* 29. §. 5. *d. t.* Lo mismo puede responderse de la sustitucion hecha á un hijo impúber, en la que expresado el primer caso ó sea la sustitucion vulgar se entiende tambien expresado el segundo ó sea la pupilar y vice-versa, fundándose esto en una conjetura de la voluntad, segun mas extensamente manifestarémos en el *tit. sig.*, aunque á decir la verdad, este derecho mas bien fué introducido por la constitucion del emperador Marco, *l.* 4. *h. t.* que por la interpretacion de los prudentes: véase á Cuyacio en *d. l.* 10. *de lib. et post.* Duareno *cap.* 9. *h. t.*

4. Esta condicion *si no fuere heredero* se toma en diversos sentidos, segun la diferente cualidad de los herederos y de la persona del instituido. En un heredero extraño que fuere dueño de sí mismo significa el caso en que no adquiera la herencia, ni para sí ni para otro habiendo mudado de condicion. En otro heredero de la misma cualidad, pero que esté sujeto á potestad agena quiere decir el caso en que no adquiera la herencia ni para sí ni para aquel en cuya potestad está, §. *último inf. eod.*; en donde se trata de esto mas extensamente y de propósito. En un heredero suyo con la misma fórmula se significa cuando aquel se abstuviere de la herencia paterna, y dejare de ser heredero en el efecto á causa de que no quiere mezclarse en los bienes del padre; pues aunque el heredero suyo sea heredero *ipso jure.*, y por lo tanto se diga que no está sin heredero aquel que lo tiene suyo aunque se abstenga, *l.* 30. §. 10. *de fid. lib.*, los remarcables efectos de lo cual se indican en los casos de la

(a) L. 2. y 4. tit. 5. P. 6.
(b) D. l. 2.
(c) D. l. 2.

l. ult. de aquir. hæred,; con todo, cuando se trata de la fuerza é interpretacion de estas palabras *si mi hijo no fuere heredero,* segun la voluntad del sustituyente que sigue y aprueba en este caso el derecho civil no se compara con la adicion de la herencia de un heredero extraño esta existencia nuda, sino la inmixtion del hijo; de otra suerte no podria sustituirse al hijo para este caso; pues que si nunca podia suceder que el hijo no fuese heredero en vano se le daria sustituto para el caso en que no lo fuere; en cuyo caso sin duda alguna viene tambien comprendido el de noluntad.

5. De ahí es que parece debe decirse que el heredero suyo á quien se ha sustituido vulgarmente, de necesario que era se convierte en voluntario, y esto por la misma razon del derecho civil por el que se permite al padre dispensar esta necesidad, como que solo está introducida en favor suyo, considerando haberla tácitamente dispensado cuando ha sustituido vulgarmente al hijo, de suerte que lo que este no habria tenido antes sino por derecho pretorio; á saber, la facultad de abstenerse, lo tenga ya por un derecho propio recibido del padre, y por lo tanto por derecho civil, *l. 12. de cond. inst. l. 86. de hæred. inst.* Los doctores vulgarmente afirman que por la sustitucion vulgar se quita del todo el derecho de suidad fundándose en dicha ley doce y en la *l. 16. de lib. et post.*; pero esto de ningun modo puede admitirse; de otra suerte ni en la sustitucion pupilar expresa podria nunca venir comprendida la vulgar, ni en esta aquella, y la transmision que antes de la constitucion de Teodosio se fundaba únicamente en la suidad no hubiera podido tener efecto en aquel tiempo cuando habia la sustitucion vulgar. Todas estas cosas, empero, son falsas; las dos primeras claramente, y la otra por la *l. única* §. 5. *y* 13. *C. de cad. toll.*, en donde Justiniano dispone que solo entre el sustituto cuando falten las personas que transmiten la herencia aun no adida, segun la constitucion de Teodosio que es la *l. única d. tít. Cod. de is qui ante aper. tab. hæred. trans.*; haciendo extensivo el derecho de transmitir que antes solo tenian los herederos suyos simplemente, el caso en que haya sustituto á las personas en dicha ley de Teodosio comprendidas. Y á la verdad, en la persona del heredero suyo, y esto debe tenerse mucho en cuenta, hay dos cualidades diversas; á saber, la necesidad y la suidad, de las cuales quedando esta á salvo ó á lo menos tan solo algun tanto disminuida, pu[illegible] aquella quitarse enteramente, como vemos que se hizo en el edicto del pretor, por el que se concedió á los hijos la facultad de abstenerse, conservándoles la suidad.

6. De aquí, pues, debemos concluir que la sustitucion vulgar hecha á un heredero suyo no tiene efecto en el caso de impotencia, sino tan solo en el de abstinencia y de noluntad; y esto así, con tal que el hijo sobreviva á su padre, puesto que si muere antes que este sin dejar hijo ninguno que rompa cuasi naciendo el testamento, no hay duda que tendrá lugar la sustitucion, Gomez 1. *resol.* 3. *n.* 15. 16. 24. Tambien creo que cuando el hijo heredero suyo se abstiene, el sustituto se hace heredero por el derecho civil; esto es, entra directamente por la sustitucion, pudiendo adir la herencia en virtud de la fórmula *si mi hijo no fuere heredero séalo Sempronio*; aunque piense lo contrario Antonio Fabro, y diga que el sustituto no se hace heredero *ipso jure,* sino que tan solo es admitido por el pretor á la posesion de bienes *Dec.* 32. *er.* 7.

Novissimo loco servum necessarium). Aquel que no quiere que de ningun modo le sucedan los herederos legítimos y que desea no morir intestado puede en defecto de los primeros herederos instituir en último lugar á un siervo suyo por heredero necesario, lo que solian tambien hacer aquellos cuyos bienes no eran bastantes para pagar sus deudas á fin de evitar la infamia resultante de la venta de los bienes en caso de que falten los herederos voluntarios; y hacer recaer sobre los siervos lo que no pudieron sobre aquellos, §. 1. *inf. de hæred. qual.* Qué sucederá, empero, si el siervo no fuere sustituido en el último lugar, sino entre otros ó bien si se le hubiese nombrado sustituto del primer sustituido? Pienso con Juan Fabro, contra lo que opina Viglio, que puede defenderse que el señor ha dispensado al siervo de la necesidad de adir la herencia al darle un sustituto para el caso en que no fuere heredero; mas esto tan solo si el sustituto está dispuesto á adir la herencia, *l.* 12. *de con. instit.*

TEXTO.

De numero hæredum in singulis gradibus.

1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.

TRADUCCION.

Del número de herederos en cada uno de los grados.

Pueden sustituirse muchos en lugar de uno, uno en lugar de muchos, uno en lugar de otro y tambien recíprocamente entre sí los mismos que han sido instituidos herederos.

COMENTARIO.

Varios son los modos de sustituir: nombranse por sustitutos ó á los extraños ó á los mismos herederos. En el primer caso se hace de cuatro modos; pues ó se sustituye uno á otro, ó muchos á muchos, ó muchos á uno, ó uno á muchos. El segundo modo se ha omitido aqui y en Marciano, *l.* 3. §. 1. *eod.*; tal vez de propósito porque se funda en la misma razon que el primero. Debe empero, advertirse que en todos estos casos, para que sea admitido el sustituto es necesario que antes falten los instituidos en primer grado; pues asi lo exige la naturaleza de la sustitucion, en tanto que no parece haber motivo ninguno de duda, ni aun en el último caso cuando se ha sustituido uno á muchos. Efectivamente, el que habla de este modo · *Octavio y Nonio sean herederos, y si no lo fueren séalo Decio* da á entender claramente que quiere que entrambos instituidos, los dos á la vez y cada uno de por sí, sean preferidos al sustituto, quien no debe ser admitido sino en el caso en que ninguno de aquellos fuere heredero; y así se dispone tambien expresamente en la *ley.* 4. *Cod. de imp. et ali. subs.* Por lo que, dificilmente puedo creer que entre los antiguos autores del derecho se hubiese suscitado duda alguna acerca de esto, aunque así lo afirme Justiniano, *l. pen. C. d. tit.*

Vel invicem ipsi). *L.* 37. §. 1. *de hæred. inst.* (a). Esta es la institucion llamada recíproca por Modestino *l.* 4. §. 1. *h. t.* y mútua por Papiniano, *l.* 64. *de leg.* 2.; hallándose de ella un ejemplo en Suetonio *in Tib. cap. ult.* Los doctores vulgarmente la dan el nombre de brevilocua, cuya palabra no conviene bastante con la naturaleza de la cosa; la que no consiste en la brevedad de las palabras, sino en la reciprocidad de la forma, la que puede muy bien concebirse con mayor estension segun lo hizo Teófilo y advirtió Viglio. Es, empero, mas bien un modo de sustituir que no una especie de sustitucion, segun mas arriba dijimos, y conviene tambien á la pupilar, *d. l.* 4. §. 1. *h. t.*

(a) L. 13. tit. 5. P. 6.

TEXTO.

Quam partem singuli substituti accipiant, si partes in substitutione expressæ non sint.

2. Et si ex disparibus partibus hæredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: et ita divus Pius rescripsit.

TRADUCCION.

Qué partes reciben cada uno de los sustitutos en caso de que no se les hubiese señalado en la sustitucion.

Si se instituyere recíprocamente á los herederos instituidos en partes desiguales; y no se hubiere hecho mencion ninguna de partes en la sustitucion se considera haberse dado en esta las mismas partes que se señalaron en la institucion, y asi lo dispuso el Emperador Pio.

NOTAS.

2. *Ex disparibus partibus*). Por ejemplo; *sea Octavio heredero en una onza. Nonio en el bes, y Decio en el cuadrante.* En este caso, si repudiare Decio se dividirá el cuadrante en nueve partes, de las cuales se darán ocho á Nonio y una á Octavio, *l.* 24. *eod.* Teófilo puso malamente el ejemplo de dos herederos recíprocamente instituidos, aunque es verdad lo que dice, siendo sin razon reprendido por Pacio.

Divus Pius rescripsit). *L.* 1. *C. eod*

COMENTARIO.

1. y 2. *Los herederos instituidos en partes desiguales y recíprocamente sustituidos sin señalamiento de parte se consideran llamados á proporcion de la parte hereditaria, y como debe entenderse esta regla?*

Si se hubiere nombrado sustituto simplemente uno á muchos herederos instituidos en partes determinadas, en este caso si faltaren estos últimos aquel percebirá todo el as en virtud de la sustitucion. Si hubieren sido sustituidos de la misma manera muchos á muchos, todos los sustitutos serán herederos por partes iguales, aun cuando los instituidos tengan señaladas partes desiguales; puesto que aqui no puede distinguirse quien sustituye á quien; pero si se hubiere sustituido uno á otro; entónces el sustituto tendrá la misma parte señalada al instituido. Tampoco hay duda alguna en que debe observarse la voluntad del testador, si este al

sustituir mútuamente á los herederos instituidos ha dispuesto espresamente que se hagan las mismas partes en la sustitucion que en la institucion, ó bien si señaló otras diferentes en aquella. Pero pregúntase respecto de la sustitucion recíproca, si el testador hubiere sustituido recíprocamente sin señalarles partes á los instituidos herederos en partes desiguales, se pregunta, decimos, si en virtud de la sustitucion se entienden llamados en partes iguales, ó proporcionalmente á las hereditarias? Y el Emperador Pio interpretó la voluntad del testador en semejante sustitucion, considerando que el testador les llamó á proporcion de sus partes hereditarias; esto es, que les sustituyó en la misma proporcion en que los instituyó, *l.* 5. *y* 24. *h. t. l.* 1. *C. eod.* Y con mucha razon, pues que no es verosimil que haya querido hacerlos el testador de mejor condicion en el segundo grado que en el primero; al nombrarlos sustitutos que al instituirlos; debiendo por lo tanto las mismas partes que se han espresado en la institucion considerarse repetidas en la sustitucion, por cuya razon tambien se entienden gravados los sustitutos con los mismos legados que los instituidos, *l.* 74. *de leg.* 1.; y tambien se considera repetida la cláusula ó condicion puesta en la institucion, con tal que sea la misma ó igual la razon que haya en entrambos casos, *arg. l.* 14. *de leg.* 1. *Cod. de imp. et al. subs. Chris. vol.* 4. *decision* 13. *n.* 7.

Invicem substituerit). Cuando solo hay dos herederos recíprocamente sustituidos no puede tener lugar esta cuestion, puesto que faltando uno de los dos, siempre es preciso que adquiera su parte el otro, haciéndose heredero *in solidum*. Asi pues, á lo menos es preciso que pongamos tres instituidos recíprocamente sustitutos. Por ejemplo, segun propone el caso Ulpiano *d. l.* 24. *h. t.* cuando uno fuere instituido en una onza, otro en el bes y el tercero en el cuadrante, si este último repudiare se dividirá el cuadrante en nueve partes, de las cuales se adjudicarán ocho al instituido en el bes, y una al que lo es en una onza. Es, pues, manifiesto que Teófilo interpretó malamente este lugar al poner para ejemplo el caso de dos instituidos recíprocamente sustitutos.

Quas in institutione expresit). Ulpiano en dicha *l.* 24. limita esto al caso *en que no fuere otra la mente del testador*, con cuyas palabras creen los intérpretes que se denota y exceptua el caso en que todos son sustituidos recíprocamente, no simplemente, y en solas tres palabras, ó bien bajo el nombre de herederos son nombrados sustitutos algunos de los herederos; por ejemplo de esta suerte: *si Ticio no fuere heredero cualquiera que lo fuere séalo tambien en la parte de Ticio*; ó bien, *séanlo los demás que escribio en primer lugar*; sino repitiéndose en la sustitucion el nombre propio de cada uno; de este modo: *Ticio sea heredero en el quincunce. Mevio en el triente, y Sempronio en el cuadrante: si Ticio no fuere heredero, Mevio y Sempronio, séanlo tambien en la parte Ticio.* En este caso, segun la comun opinion, Mevio y Sempronio tendrán en la porcion de Ticio partes viriles, esto es, iguales y no hereditarias; y esto por la manifiesta voluntad del testador que al repetir en la sustitucion el nombre propio de cada uno parece que no tuvo en consideracion las partes designadas en la institucion, sino tan solo las personas y número de los sustitutos, *arg. l.* 24. *ad S. C. Treb. l.* 124. *de leg.* 1. *l.* 37. *de stip. serv.* Y esta opinion es tambien admitida por Viglio, quien responde á su preceptor Curcio, que no la aprobaba á causa de que el jurisconsulto en *d. l.* 24. *h. t.* exige la voluntad manifiestamente expresa, que en esta cuestion por la interpretacion de los prudentes la expresion de los nombres propios hace las veces de la voluntad expresa. Lo mismo debe decirse cuando el testador hubiere impuesto un gravámen igual á todos los sustitutos, segun la *l.* 25. *ad. S. C. Trebell.* Gomez 1. *resol.* 5. *n.* 20.

TEXTO.

Si cohæredi substituto alius substituatur.

3. Sed si instituto hæredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit, Divi Severus, et Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utrumque partem substitutum admitti.

TRADUCCION.

Si se nombrare otro sustituto al coheredero sustituto.

Pero si se nombrare otro sustituto al heredero instituido á quien antes se dió por sustituto á un coheredero, los Emperadores Severo y Antonino dispusieron que sin distincion sea el sustituto admitido á entrambas partes

NOTAS.

3. *Sed si instituto hæredi*). Por ejemplo, *el primero y el segundo sean herederos; si el primero no lo fuere séalo el segundo: si no lo fuere este séalo el tercero.* En este caso, lo mas cierto es que el tercero es susti-

tuto para entrambas partes, *l.* 27. *l.* 41, *eod.* de donde nace aquella regla; *el sustituto del sustituto se entiende tambien sustituto del instituido.*

Sine distinctione). Esto es, sin distinguir en la muerte ni en el órden de la escritura, de suerte que no haya diferencia ninguna entre que el primer sustituto haya muerto antes ó despues del instituido, ni entre que la segunda sustitucion se haya hecho antes ó despues de la primera de este modo; *sean herederos el primero y el segundo; si el segundo no lo fuere séalo el tercero, y si no lo fuere el primero séalo el segundo, l.* 41. *pr. eod.*

COMENTARIO.

1. *Si en el caso aquí propuesto entrambas porciones acrecen al sustituto por derecho de sustitucion?*
2. *Concíliase á Scévola con Papiniano.*

Si un padre de familias, habiendo instituido herederos á Ticio y á Mevio, hubiere nombrado á Ticio por sustituto de Mevio sin reciprocidad y á Sempronio por sustituto de Ticio, es cierto que la parte de Ticio no acrece á su coheredero Mevio, sino que pertenece á Sempronio por derecho de sustitucion; puesto que, siendo generales aquellas palabras *si Ticio no fuere heredero*, comprenden, no solo el caso en que no lo fuere por institucion sino tambien aquel en que no lo fuere por sustitucion. Sin embargo, este caso no pertenece aquí, y malamente emplea Hotomano este ejemplo para la aclaracion de este texto; pues aquí no solo se trata de la parte de aquel á quien habiéndosele nombrado sustituto de un coheredero suyo se le dió otro sustituto, sino tambien de la parte del coheredero á quien no se le ha dado expresamente por sustituto aquel otro; es decir, que se pregunta si en el caso en que entrambos faltaren pertenecerá la parte de los dos por derecho de sustitucion al que solo es sustituto de uno de ellos, lo que se afirma aquí, y en la *l.* 27. *l.* 41. *in pr. h. t.*; naciendo de esto la regla de que *el sustituto del sustituto se entiende tambien sustituto del instituido.*

1. *Sine distinctione ad utramque partem*). A saber, en el caso que ninguno de los dos sea heredero. En primer lugar, hablemos de las partes, luego explicarémos que es lo que significa aquello que dice, *sin distincion.* Acerca de las partes podia suscitarse la duda, no sobre si entrambas pertenecen al sustituto, sino sobre si le pertenecen por derecho de sustitucion, como á sustituto de entrambos; pues si por ejemplo, Mevio, á quien se ha dado por coheredero y sustituto á Ticio, muriere antes que este, Sempronio sustituto de Ticio faltando despues este, será admitido á las partes de entrambos; pero, tal vez dirá alguno, que lo es á la parte de Mevio, no porque se entienda tambien sustituto del mismo, sino porque ó bien la parte de Mevio que faltó acreció ya antes a su coheredero Ticio de quien es sustituto Sempronio, ó bien porque actualmente acrece al mismo Sempronio. Lo primero, empero, no puede decirse de ningun modo, por cuanto las partes de los que faltan solo acrecen á aquellos herederos que admitieron las suyas, *l. única* §. 10. *C. de cad. tol.*; por lo que, se dice que la porcion acrece á la porcion á modo de aluvion *l.* 33. *in fine de usuf.* y si suponemos que Ticio ha llegado á ser heredero ya se habrá extinguido la sustitucion, *l.* 5. *C. de imp. et al. substitut.* Lo segundo, segun Viglio fué admitido por algunos de los antiguos intérpretes, como son Digno y Juan Fabro, á causa de que á pesar de que se diga que Sempronio es en el caso propuesto sustituto de entrambas partes; con todo, de ningun modo puede decirse que en realidad sea sustituto de Mevio; pero con razon reprueban esto comunmente los doctores, á quienes sigue tambien Viglio. Efectivamente, qué razon de dudar puede haber si decimos que la parte de Mevio acrece á Sempronio, á quien tambien acreceria aun cuando Ticio no fuera sustituto de Mevio? Y á la verdad, ó ridícula é inutilmente se propone el caso en que Ticio sea sustituto de su coheredero, ó de preciso ha de producir esta sustitucion el efecto de que el sustituto de Ticio se entienda ser tácitamente sustituto de aquel de quien lo es Ticio. Lo que da tambien á entender bastantemente en este lugar Justiniano, al decir que el sustituto es admitido á entrambas partes; esto es, que es admitido por un mismo derecho y en virtud de la sustitucion, de sola la cual se trata aquí; y porque segun expresamente dice el jurisconsulto en dicha *ley* 27. *h. t.* se considera sustituto para entrambas partes. Pero qué diferencia hay, se preguntará, entre que digamos que la porcion de Mevio se defiere á Sempronio por derecho de sustitucion ó por el de acrecer? Ninguna absolutamente en el caso propuesto; pero supóngase que además de Ticio y Mevio se ha instituido tambien por heredero á Cayo, en este caso ya será útil á Sempronio el suceder en la porcion de Mevio por derecho de sustitucion, para excluir de este modo á Cayo á quien no excluiria por el derecho de acrecer. No sé ver como puede referirse aquí lo que además nota Bacovio; á saber, que el derecho de acrecer sigue al heredero de aquel que admitió su

porcion por mas que hubiese muerto antes de acrecerle nada; pero que la sustitucion no se transmite al heredero, *l. 9. de suis et leg. l. 81. de adquir. hæred.*

2. Qué es, empero, lo que dice el Emperador de que debe ser admitido sin distincion? Esto ha de esplicarse por la respuesta de Papiniano *l. 41. in pr. h. t.*, y decirse que en primer lugar no hay distincion ninguna por razon del órden de la escritura, siendo igual que la segunda sustitucion se haya hecho antes ó despues, como en este ejemplo: *Ticio y Mevio sean herederos; si Ticio no lo fuere séalo Sempronio, y si no lo fuere Mevio séalo Ticio.* En segundo lugar, que trmpoco hay diferencia ninguna entre que el primer sustituto haya muerto antes ó despues del instituido: A esto de Papiniano, empero, se objeta lo que dice Scévola en la *l. 47. eod.* El caso que en dicha ley propone Scévola es el siguiente: Uno que tenia un hijo y una hija impúberes, habiendo instituido heredero al hijo desheredó á la hija, nombrando por sustituto á esta, si aquel moria antes de llegar á la pubertad; y por sustituto de la hija si muriese, antes de casarse (es decir antes de la pubertad) á su mujer y á su hermana. Y responde que si la hija impúber muriere primero, y luego despues el hermano de la hija tambien impúber, la herencia de este no pertenecerá por derecho de sustitucion á la muger y á la hermana del testador. Acursio, á quien sigue gran parte de los doctores, dice que Scévola respondió de este modo porque en el caso alli propuesto la segunda sustitucion se habia ya extinguido por la pubertad de la hija: pues que lee dicho lugar de este modo: *cuando la hija púber hubiere muerto primero.* Y como sabia que los otros leen *impúber* (de cuyo modo se encuentra tambien en el Código pisano) pone por nota: *antes impúber, ahora púber.* Mas en semejante caso no debia haber distinguido, el jurisconsulto, puesto que si el sustituto llegado á la pubertad y hecho heredero hubiese muerto despues del instituido no podia ya ser nadie admitido en virtud de la segunda sustitucion. Bacovio piensa que en la sustitucion pupilar se observa otra cosa, ó á lo menos que en el caso de dicha ley cuarenta y siete, en el cual no se nombra por sustituto del pupilo un coheredero; sino una hija desheredada no se admite la misma interpretacion de la voluntad, de suerte que los sustitutos de la sustituta se entiendan tambien sustitutos del instituido. No obstante, parece deber decirse lo mismo en favor del pupilo, á quien se considera útil el que tenga un sustituto, *l. 42. de adquir. hæred.* Y por otra parte, si en la sustitucion pupilar se observaba otra cosa, por qué razon no responde el jurisconsulto que la herencia del instituido no se defiere por derecho de sustitucion en virtud de la sustitucion segunda? A no ser que digamos que fué un efecto de la negligencia de los compositores el haber incluido en las pandectas la respuesta de Scévola, siendo asi que por el rescripto de los Emperadores Severo y Antonino se derogó aquella distincion que hace dicho jurisconsulto, preferiria pensar con Viglio que el rescripto de los Emperadores habia de dos partes de una misma herencia, y que Scévola respondió acerca de dos herencias diferentes, á cuyo caso no debe lijeramente hacerse extensivo aquel rescripto conservándose aun en él la antigua distincion entre si el primer sustituto murió antes ó despues del instituido.

TEXTO.

Si quis servo, qui liber existimabatur, instituto substitutus fuerit.

4. Si servum alienum quis patrem familias arbitratus hæredem scripserit; et si hæres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hæreditatem, Mævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba, *Si hæres non erit*, in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, accipiuntur: *Si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem effecerit:* in eo verò, quem patrem familias arbitratur, illud significant, *si hæreditatem sibi eive, cujus juri postea subjectus esse cæperit, non acquisierit.* Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi constituit.

TRADUCCION.

Si uno hubiere sido nombrado sustituto de un siervo instituido á quien se consideraba libre.

Si uno hubiere nombrado por heredero á un siervo ajeno á quien creia padre de familias, y le hubiese nombrado por sustituto á Mevio en caso que no fuese heredero, y el siervo hubiese adido la herencia por mandato de su dueño, el sustituto Mevio es admitido en una parte; pues estas palabras si no fuese heredero *en aquel de quien sabe el testador que está sujeto á potestad agena, se entienden como que hubiese dicho* si ni él mismo fuere heredero, ni hiciere tal á otro; *pero en aquel que es tenido por padre de familias significan* si no adquiriere la herencia para si, ni para aquel á cuya potestad empezare despues á estar sujeto. *Y esto lo dispuso así Tiberio César respecto del siervo Partenio.*

NOTAS.

In partem admitur). Teófilo dice que



ἥμισυ λαμβάνει, esto es, recibe la mitad, y muy bien asi; pues que ya siempre que la parte se pone simplemente significa la mitad, *l.* 43. 10. *usuf. l.* 164. §. 1. *de ver. sig.* En el caso de dicha ley cuarenta Sempronio coheredero fué nombrado sustituto del siervo, y por lo tanto teniendo él un semise en virtud de la institucion, el otro deberá dividirse entre él y el dueño del siervo instituido, véase lo que allí advierte Gotofredo.

Subjectum esse testator scit). Y en este caso seria enteramente escluido el sustituto; *l.* 7. *de adquir. hæred.*; pero en el caso propuesto, á causa de la falsa creencia de la incertidumbre de la voluntad del testador se ha elegido un término medio como en otros muchos.

Tiberius Cæsar). Pomponio *l.* 41. *de adquir. hæred.*

COMENTARIO.

1. *Si en caso de haber sido el hijo de familias nombrado heredero habiéndosele dado un sustituto para el caso en que no lo sea, y repudiare la herencia, debe ser admitido el padre ó el sustituto?*
2. *Dilucídanse y decídense muchas otras cuestiones que suelen tratarse aquí.*
3. *Si en el caso que aquí se propone debe la herencia dividirse por partes iguales entre el dueño del instituido y el sustituto, ó de modo que aquel perciba el dodrante y este el cuadrante?*

En la explicacion del principio de este título dijimos que estas palabras *si no fuere heredero*, en la persona del padre de familias significan si ni él mismo lo fuere, ni hiciere despues tal á otro, mudando de condicion. En aquel que está sujeto á potestad agena significan las mismas palabras el caso en que él mismo no fuere heredero, ni adquiere la herencia para aquel en cuya potestad está. Así pues, si á un padre de familias se le instituye heredero dándosele un sustituto para el caso en que no lo fuere, adquirirá la herencia para sí, si permaneciere en el mismo estado, ó bien para su dueño ó padre si ha mudado de condicion antes de la muerte del testador por haber sido reducido á la servidumbre ó á la potestad patria, siendo en entrambos casos enteramente excluido el sustituto. Del mismo modo, si un siervo ó hijo de familias han sido instituidos herederos y se les ha dado un sustituto para el caso en que no lo fueren, y si hubieren adquirido la herencia para si por haber mudado de condicion antes de la muerte del testador, ó bien para su dueño ó padre en caso de haber permanecido en el mismo estado, será tambien enteramente excluido el sustituto, *l.* 40. *de hæred. inst. l.* 7. *de adquir. hæred. l.* 5. *C. d. imp. et al. subs. et hoc. textu.* Sin embargo, esto sole sucede así si el testador no ignoraba que aquel á quien instituye estaba en la potestad de otro; pues si creyere que es padre de familias aquel que es siervo, en este caso en atencion á la falsa creencia y á la incertidumbre de la voluntad del testador se ha seguido un termino medio, admitiéndose el sustituto á una con el dueño del siervo, *d. l.* 40. *y sig. de hæred. inst. et hoc.* §.; pues segun la razon del derecho parecia que debia admitirse tan solo al dueño del siervo, por cuanto debe atenderse mas á la verdad de las cosas que á la falsa opinion; pero el sustituto tiene en su favor la presunta voluntad del testador, quien no parece haber querido favorecer al dueño cuando instituyó á uno que creia no estaba sujeto á la potestad de nadie.

1. Pregúntase aquí si habiendo sido instituido heredero un hijo de familias y dándosele un sustituto para el caso en que no fuere heredero y repudiare la herencia, quien debe ser admitido, el padre ó el sustituto. Duareno en sus comentarios á este *tit. cap.* 10. responde en favor del padre, y Viglio en este párrafo en favor del sustituto. Yo pienso con Viglio que el sustituto debe ser preferido al padre por cuanto es llamado por la manifiesta voluntad del testador, al paso que este no; y además, porque repudiando el hijo existe la condicion de la sustitucion, la que cuando se pone á un heredero estraño que está sujeto á potestad agena significa el caso en que no fuere heredero él mismo; ni adquiere la herencia para aquel en cuya potestad está, *l.* 3. *C. de hæred. inst.* A esto se agrega que el coheredero dado al hijo en caso que este repudie su parte excluye al padre; con cuanta mayor razon, pues, no la excluirá el sustituto, pues es bien sabido que el derecho de sustitucion tiene mas fuerza que el de acrecer? *l.* 2. §. 8. *de bon. poss. secundum tab.* De contrario parecer es, empero, Duareno movido por las siguientes razones. En primer lugar, porque Justiniano en la ley última *C. de bon. quæ liberis*, en caso que repudie el hijo la herencia concede al padre el derecho de adirla lo mismo que si fuese él el instituido: pero á esto se responde que esta constitucion como exorbitante debe contenerse dentro de sus límites sin extenderla en perjuicio de aquel que es llamado por la expresa voluntad del testador; esto es, del sustituto, á quien amó mas el testador que no al padre por contemplacion del cual no se considera haber hecho la ins-

titucion, sino tan solo por el amor que profesaba al hijo. Justiniano quiso conservar la voluntad del difunto, no destruirla y es vulgar aquello de que la disposicion del hombre hace cesar la disposicion de la ley; y por lo tanto, no dudo que aun cuando el padre hubiere sido nombrado coheredero del hijo, si este repudiare su parte seria aquel excluido por el sustituto, *d. l.* 2. §. 8. *secundum tab.* Otro argumento saca Duareno de la condicion de la sustitucion, la que piensa que falta; lo mismo en el caso en que el hijo admita la herencia que en el en que la repudie; puesto que por la repudicion hace heredero al padre, *arg. d. l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ. lib. d. l.* 40. *d. hæred. inst. et h.* §. En esto, empero, se equivoca manifiestamente, pues aunque por ocasion de la repudiacion del hijo consigue el poder adir la herencia á este deferida; sin embargo esto lo consigue por beneficio de la ley, el que debe cesar cuando el mismo testador se nombró otro heredero. No se hace el padre heredero por medio del hijo, sino por su misma adicion y por su propia persona segun la constitucion de Justiniano que le tiene por instituido cuando no es llamado otro por el testador; pues todas las leyes conservan íntegra de todos modos la voluntad de este. El señor, empero, ni el padre no pueden ser herederos por medio del siervo ó del hijo, ni estos hacerles tales de otro modo que con la adicion, mas no con la repudiacion, *l.* 7. *de adquir. hæred. l.* 3. *C. de hæred. inst. et h. textu.* De otra suerte, tambien podria decirse que cualquier instituido que repudie la herencia hace herederos á los sucesores ab intestato y el coheredero á su coheredero, quedando de este modo casi siempre excluido el sustituto contra la manifiesta voluntad del testador. Ni obsta lo que responde Ulpiano que el hijo en su repudiacion no perjudica al padre, *l.* 13. §. 3. *de adquir. hæred.*; pues esto no quiere decir que á pesar de la repudiacion del hijo se haga el padre heredero por su medio; sino que dicha repudiacion no impide que despues pueda aun el hijo adir la herencia por mandato del padre. Por fin, argumenta de este modo Duareno: si el padre y el hijo se consideran como una sola y misma persona, *l. ult. C. de imp. et al. subs.* no ha de haber diferencia ninguna entre que el mismo hijo ada la herencia ó que lo verifique el padre; pero no advirtió que con este mismo argumento puede redargüírsele de esta suerte: si el padre y el hijo se consideran una sola y misma persona, excluido de la herencia el hijo por su repudiacion, tambien debe considerarse excluido su padre; pero de semejantes ficciones del derecho no debe abusarse para destruir las voluntades de los difuntos, que es á lo que principalmente se atiende en los testamentos, *l.* 35. §. 3. *de hæred. inst.*

2. Otras cuestiones suelen dilucidarse aqui las que tocarémos de paso; pues que nuestro objeto no nos permite examinarlo todo con detencion. La primera es si en caso de haber sido instituido heredero algun indigno habiéndosele dado un sustituto para el caso en que no fuere heredero, si debe ser preferido el fisco ó el sustituto; esto es, si el fisco quitará la herencia al indigno, ó entrará el sustituto. Yo con Duareno *d. cap.* 10. y el comun de los doctores responderia en favor del fisco contra el sustituto por el texto de la *l.* 12. *de his quæ ut indig.* pues la pena del instituido no debe servir de premio para el sustituto, segun en general establece Papiniano en la *l.* 15. *de S. C. Silan.* No se observa lo mismo en la institucion del enteramente incapaz, por ejemplo del deportado, pues teniéndose semejante institucion por no escrita, *l.* 4. *C. de hæred. inst.* el testamento empieza por la sustitucion, *arg. l.* 3. *de lib. et post.* Otra cuestion hay sobre si ha de ser preferido el sustituto, ó aquel á quien sin necesidad de la sustitucion se transmite la herencia aun no adida. Por derecho antiguo, los herederos suyos por sola su nuda existencia transmitian la herencia á cualesquiera sucesores, *l.* 3. *C. de jur. de lib. l.* 8. *C. de suis et leg.* Por la constitucion de Teodosio todos los hijos transmiten á sus descendientes la herencia que les ha sido deferida por sus ascendientes, *l. única C. de his qui ante ap. tab.* Hay tambien una tercera especie de transmisarios á quienes se transmite no la herencia, sino el derecho de deliberar, segun la constitucion de Justiniano *l.* 19. *C. de jur. de lib.* De estas tres especies de transmisarios se pregunta en primer lugar si el heredero suyo á quien se dió sustituto para el caso en que no fuere heredero hubiese muerto antes de haberse mezclado en la herencia ó abstenídose de ella, por solo su nuda existencia transmite la herencia á sus sucesores, ó si debe mas bien ser preferido el sustituto. La comun opinion es que debe ser admitido el sustituto con exclusion del transmisario ó heredero del instituido, por cuanto segun ellos la sustitucion vulgar extingue el derecho de suidad. Esto, empero, es manifiestamente falso, segun mas arriba manifestamos al principio de este título, en donde probamos claramente que el derecho de suidad en el caso propuesto quedaba sub-

sistente aun cuando se entendiese dispensada la necesidad, y que la sustitucion vulgar no tenia lugar en el heredero suyo en el caso de impotencia sino tan solo en el en que se abstenia. Grande es el error de Deckero, *lib.* 1.° *dis.* 14. n.° 43. al afirmar que la transmision se quita por la sustitucion vulgar si nace del derecho de suidad, por cuanto el heredero suyo instituido no se hace heredero de otro modo en virtud del testamento, que mezclándose en la herencia; pues es bien sabido que los herederos suyos, ya testamentarios, ya ab intestato se hacen tales herederos desde luego é *ipso jure*, §. 2. *inf. de hœred. qual. l.* 1. §. 7. *si quis omissa causa test. l.* 3. *Cod. de jur. de lib.* En segundo lugar se pregunta si debe ser preferido el sustituto ó el transmisario Teodosiano: *d. l. única Cod. qui ante aper. tab.* Tambien en este caso responderia en favor del transmisario y contra el sustituto por la *l. única* §. 13. *C. de cad. toll.*, en donde Justiniano en el caso de la sustitucion hace expresamente extensivo á las personas comprendidas en la constitucion de Teodosio el derecho que antes única y simplemente tenian los herederos suyos, Duareno *d. cap.* 10. Antonio Fabro *d. err.* 4., siendo esta opinion comunmente recibida; sin que Deckero *lug. cit.* aduzca razon ninguna que me convenza de lo contrario. En tercer lugar, se pregunta si la transmision del derecho de deliberar concedida por la constitucion de Justiniano, *d. l.* 19. *C. de jur de lib.* excluye la sustitucion, ó por el contrario esta aquella. Aquí responderia yo en favor del sustituto contra el transmisario Justiniano, segun piensa Saliceto en *d. l.* 19.; pues una constitucion nueva y exorbitante no debe fácilmente extenderse con perjuicio de un tercero que á una con la disposicion del hombre tiene en su favor la voluntad de la ley. Lo que Justiniano dice en *d. l. única* §. 1. *y* 13. *C. de cad. toll.* y que se aduce en contrario puede cómodamente referirse y restringirse á las dos primeras especies de transmisarios, de suerte que las palabras de Justiniano se entiendan en un sentido propio y solo de aquellos que transmiten la misma herencia. Por último, se pregunta que es lo que se observa cuando el instituido ha sido por beneficio de la edad restituido contra la adicion cuestion que es de las mas difíciles. La comun opinion es que vale la sustitucion de nuevo por la *l.* 44. *de re jud. l.* 1. §. *antepen. l.* 2. §. 10. *ad. S. C. Tertyll.*; pero el contrario parecer es mas conforme á derecho segun dicha *l.* 5. y los textos manifiestos de la *l. ult. de suc. edicto* y *l.* 7. §. 10. *de min.* Ni debe ligeramante el beneficio de la restitucion hacerse extensivo en favor de otro mas que del menor Duareno dicho *cap.* 10. Perez *ad tit. C. de impub. et al. subs.* Si empero, excluido una vez el sustituto pertenece la herencia á los sucesores legítimos segun quieren Duareno y Bacovio, ó al fisco como establecen Cuyacio y Busio es cosa que dejamos sin decidir. Volvamos ya á nuestro objeto.

3. *Mœvius in partem admittitur*). No dice en que parte sea admitido, y así tambien en la ley 41. *de hœred instit.* se dice simplemente que la herencia se divide entre el dueño del instituido y el sustituto. Pero se dividirá por partes iguales de modo que á cada uno de ellos se adjudique la mitad ó bien de suerte que el dueño perciba el dodrante y solo el cuadrante el sustituto, segun quiere la glosa y los doctores? Por mi parte no tengo duda ninguna que debe ser dividida entre ellos igualmente, y del mismo modo lo interpretó tambien Teófilo. Que se ha de entender así lo prueba el que cuando se dice parte, sin designar cual, siempre se entiende la mitad, *l.* 164. §. 1. *de verb. sig. l.* 45. *de usuf.* Y pregunto, en caso dudoso, cuando por entrambas partes se aducen argumentos de igual peso, què razon ó pretexto puede haber para hacer semejante division designal, cuando por el contrario si se hiciese una division desigual, debiera mas bien favorecerse al sustituto, quien tiene en su favor las palabras y la voluntad del testador, que no al dueño que solo se funda en una ficcion del derecho, y en quien no pudo aquel pensar al instituir á uno que creia era ingénuo? Sin embargo, obsta á esta opinion *d. l.* 40. *de hœred. inst.*, en donde Juliano hace otra division en un caso igual, y quiere que se hagan dos semises de modo que el uno de ellos se divida igualmente entre el dueño y el sustituto; y como no diga nada del otro, muchos lo adjudicaron por entero al dueño. Cuyacio piensa que en vez de *semise* como se lee al fin de *d. l.* 40. debe leerse *as*, habiendo nacido el error de las cifras. Alciato 1. *disp.* 2. escribe que en un antiguo ejemplar leyó al principio de dicha ley de esta manera: *eique si hœres non esset, Sempronium cohœredem substituerit*, cuyo modo de leer favorecen en gran manera las palabras que se hallan al fin de dicha respuesta. Efectivamente, Juliano dice: *asi pues, en este caso se harán dos semises*. Por qué razon diria *en este caso* á no querer dar á entender que propuso en caso tal al que podia acomodare semejante division; á saber, cuando se nombró por sustituto del

siervo á quien se consideraba libre un coheredero del mismo, y que en los otros casos no se observaba aquello? Así pues, en el caso propuesto por Juliano no podia suscitarse duda ninguna acerca de un semise, por cuanto lo recibe Sempronio en virtud de la institucion y no el dueño del siervo; pero si podia suscitarse acerca del otro, por cuya razon dice Juliano que debe dividirse entre el dueño del siervo y Sempronio; y con razon, puesto que solo era sustituto en el un semise. De este modo piensan actualmente todos los mas sensatos, una parte de los cuales siguen la correccion de Cuyacio y otros la de Alciato, ó bien sobreentienden lo que este añade al convenir en lo mismo. Sin embargo, si manifiestamente apareciere que el testador no quiso que por medio de aquel á quien creyendo que era libre le instituyó heredero, adquiriese la herencia ningun otro, existe la condicion de la sustitucion, y la herencia se defiere á solo el sustituto, *l.* 5. *C. de hœred, inst.* VINN. En cuanto á mí ni convengo con Cuyacio, ni con Alciato. En pocas palabras explicaré lo que siento. En *d. l.* 40. *de hœred. inst.* se ponen manifiestamente dos casos; el primero es este, un padre de familias habia instituido al siervo Ticio, á quien creia ingénuo. Adiendo Ticio la herencia por mandato del dueño se preguntaba si Sempronio debia ser admitido á la parte, y Juliano responde: *puede decirse que Sempronio es admitido en una parte de la herencia* (á saber, en la mitad, que es la parte que se entiende siempre que no se hace mencion de cual sea esta, *l.* 164. §. 1. *de verb. signif. l.* 45. *de usufructu*). Habiendo dado la razon de esto añade Juliano, *lo que pertenece tambien á aquellos que habiendo sido instituidos mientras eran padres de familia despues fueron reducidos á esclavitud. Así pues, en este caso se harán dos semises, de modo que el uno se divida por iguales partes entre aquel que fuere dueño del heredero instituido y el sustituto.* Y este es el otro caso. Un padre de familias habia instituido á Ticio en aquel entónces ingénuo; pero que despues fué reducido á la esclavitud, dándole por sustituto á Mevio. Preguntábase si adiendo Ticio la herencia debia tambien en este caso ser admitido á la parte el sustituto, y responde que debe ser admitido; pero no en la mitad, sino en el cuadrante; pues aquí se consideraba mejor la condicion del dueño de Ticio á causa de que el testador no se habia equivocado como en el caso anterior respecto del estado del heredero. HEIN.

TÍTULO DÉCIMO SEXTO.

De la sustitucion pupilar.

CONC. CON EL LIB. 28. TIT. 6. DEL DIG. Y CON EL LIB. 6. TIT. 26, DEL COD. (a).

De donde viene el llamarse pupilar esta sustitucion, y bajo qué aspecto es sustitucion. Arg. del título.

Síguese la otra especie de sustitucion directa que por el objeto se llama pupilar, á causa de que solo se hace á los pupilos, y no como la otra indistintamente á cualesquiera. Aunque solo se llama pupilo aquel que siendo impúber aun, ha dejado de estar en la potestad de su padre *l.* 159. *de verb. signif.*; sin embargo, como que la fuerza de todo testamento y sustitucion se difiere para la muerte del testador, esto es, para aquel tiempo en que el hijo ha de ser pupilo, con razon se ha llamado pupilar bajo este aspecto. La primera llamada vulgar, segun muy bien observó Viglio, es una verdadera sustitucion por la que el testador nombra otro heredero para el caso en que no lo sea el instituido en primer grado, y por la cual por lo tanto se sucede al mismo testador. Esta, empero, es decir la pupilar, no tanto es sustitucion como primera institucion; puesto que por ella no se sucede en segundo grado á aquel que hizo el testamento, sino en primer grado al pupilo para quien el testamento se hizo, lo propio que si el mismo pupilo hubiese nombrado un heredero, lo que aparece aun con mas claridad en la sustitucion del desheredado. Por esta razon es justamente reprendido Hotomano por Ba-

(a) Tit. 5. P. 6. Tit. 2. lib 6. vol 1. Const. de Catal.

covio á causa de que por el contrario cree que la sustitucion vulgar es mas bien una institucion, y que la pupilar es propiamente sustitucion. La causa porque no siendo propiamente sustitucion la pupilar se la da no obstante este nombre por los antiguos la dijimos en el título anterior; á saber, por comparacion al heredero paterno, por cuanto el padre debe nombrar primeramente heredero para sí, y luego para su hijo sin que pueda empezar por el testamento de este, *l. 2. in fine h. t.* La sustitucion pupilar puede dividirse en propia ó verdadera y cuasi ó pupilar. Entrambas se hacen para el caso en que el instituido sea heredero; la propia se hace para los descendientes impúberes en el caso en que fueren herederos y murieren dentro de la impubertad: la cuasi ó ejemplar se hace á los mentecatos para el caso en que fueren herederos y murieren durante la misma enagenacion mental. El resúmen de lo que se trata en este título es el siguiente. Al principio se manifiesta quienes, á quienes y de qué modo se sustituye pupilarmente; cuáles son los efectos de esta sustitucion, y de donde la misma provino? Luego se trata de la sustitucion cuasi pupilar, ó sea de la del mentecato repitiéndose en seguida los efectos de la sustitucion pupilar, manifestándose á los padres recelosos un modo seguro de sustituir. De aquí se pasa á declarar con mas extension á quienes puede sustituirse pupilarmente, poniéndose la fórmula general y comun, explicándose por último lo contrario de esto.

TEXTO.

Forma, effectus, origo, et ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberis, quos in potestate quis habet, non solùm ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres: sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint; sit eis aliquis hæres: velutí si quis dicat hoc modo: *Titius filius hæres mihi esto. Et si filius mihi hæres non erit; sive hæres erit, et prius moriatur, quàm in suam tutelam venerit*, id est, antequam pubes factus sit: *tunc Sejus hæres esto.* Quo casu, siquidem non exteterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres: si vero extiterit hæres filius, et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus. Nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

TRADUCCION.

Forma, efecto, orígen y razon de la sustitucion pupilar.

A los descendientes impúberes que uno tiene en su potestad no solo puede sustituírseles para el caso en que no fueren herederos; de suerte que lo sea otro; sino tambien para el en que fueren herederos y hubieren muerto dentro de la impubertad, por ejemplo, si uno dijere: Ticio hijo mio sea mi heredero y si mi hijo no lo fuere ó bien lo fuere y muriere antes de ser dueño de sí mismo; *esto es, antes de llegar á la pubertad,* entónces séalo Seyo. *En este caso, si el hijo no fuere heredero entónces el sustituto será heredero del padre; pero si lo fuere el hijo y muriere antes de la pubertad, el sustituto se hace heredero del mismo hijo* (a); *pues por las costumbres está establecido que cuando los hijos son de una edad tal que no pueden hacer testamento por sí mismos lo hagan sus padres por ellos.*

NOTAS.

Quos in potestate). Y por lo tanto ni la madre puede sustituir pupilarmente á sus hijos, ni el padre al hijo emancipado, *l. 2. h. t.* Tampoco el abuelo puede sustituir al nieto habido del hijo, á quien tiene bajo su potestad, á no ser segun la fórmula de la *ley Vell.*; esto es, *si mi hijo durante mi vida dejare de ser heredero suyo etc. d. l. 2.* Debe, empero, el impúber hallarse en la familia al tiempo de hacerse el testamento, y al de la muerte *l. 41. §. 2. eod.*

Veluti si quis). Hé aquí una fórmula de una doble sustitucion. Por la constitucion del Emperador Marco, empero, la sustitucion simple, sea la vulgar ó la pupilar, esto es, cualquiera de los dos casos que se haya espresado comprende tambien el otro, entendiéndose la sustitucion hecha para entrambos, *l. 4. h. t. l. 2. y l. 4. C. eod.* Antiguamente, en el juicio Curiano, del que habla Ciceron en muchas partes y Quintiliano 7. *cap. 7.*, se trató sobre si la sustitucion pupilar espresa comprendia la vulgar tácita.

Sive hæres erit). Esta es la condicion de la sustitucion pupilar, y el que se llama segundo caso.

Si non extiterit). Lo que tambien debe considerarse que tiene lugar cuando el impúber que sobrevive á su padre se abstiene de la herencia paterna, á fin de que la sola existencia del heredero no perjudique al sustituto, *arg. l. 67. pr. de ritu nup.* Malamente pues explica esto Teófilo.

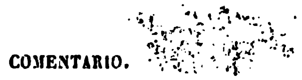
Si extiterit hæres). Por la utilidad del pupilo se considera haber existido este caso aun cuando se abstenga aquel de la herencia paterna, *l. 12. h. t. l. 42. de adquir. hæred. l. 28. de rebus auctoritate judicis*; y esto es lo que vulgarmente dicen los intérpretes que por la nuda existencia del heredero suyo, se confirman las tablas pupilares.

(a) L. 5, tit. 5. P. 6.

Véase la *l.* 44. *de re jud y la l.* 41. *de adquir. hæred.*

Ipsi filio fit hœres). No solo de los bienes que adquirió del padre, sino tambien de cualesquiera otros, *l.* 10. §. 5. *h. t.* con esclusion de los herederos legitimos y hasta de la misma madre, *l.* 8. *de inof. test. cap.* 1. *X. de test. in* 6.

Moribus institutum). Asi tambien lo dice Ulpiano *l.* 2. *h. t.*



COMENTARIO.

1. *Ni el padre puede sustituir pupilarmente á los hijos emancipados, ni la madre á hijos ningunos.*
2. *No puede sustituirse pupilarmente al nieto á quien precede el padre, aun cuando esté en la potestad, á no ser segun la fórmula de la ley Velleya.*
3. *Si para que valga la sustitucion pupilar es necesario que los hijos estén en la potestad al tiempo de hacerse la sustitucion y al de la muerte del padre, ó si basta que lo estén al tiempo de la muerte?*
4. *Esplícase el lugar de Ulpiano en la* l. 2. in fine h. t.
5. *Expreso el caso vulgar se entiende tambien comprendido el de la pupilar, á no ser que manifiestamente se oponga la voluntad del testador.*
6. *Si por el contrario cuando se ha expresado el caso de la pupilar se entiende tambien tácitamente comprendida la vulgar?*
7. *Esplícase la respuesta de Javoleno en la* l. 28. de rebus aut jud.
8. *Cuando tiene lugar que el pupilo no sea heredero, y que el sustituto sea admitido en virtud de la sustitucion vulgar?*
9. *Cuando se considera que el pupilo ha sido heredero del padre para el efecto de que muerto al tiempo de la impubertad sea admitido el sustituto que se le ha dado pupilarmente?*
10. *Por la sustitucion pupilar quedan excluidos todos los herederos legitimos hasta la misma madre.*
11. *Manifiéstase que se observa lo mismo en la sustitucion pupilar tácita refutándose las objeciones contrarias.*
12. *Por qué razon se ha considerado útil al pupilo el recibir del padre un heredero testamentario?*

COMENTARIO.

Liberis impuberis). *L.* 2. *in pr. eod.* Los púberes no es licito sustituirles, en tanto que hasta la sustitucion hecha en un principio á un impúber se estingue luego que ha llegado á la pubertad §. *pen. inf. eod.* (a). La razon porque solo se permite sustituir de este modo á los hijos impúberes la dirémos al fin de este párrafo.

1. *In potestate*). Pues este es un derecho de la patria potestad (b) y por lo tanto no podrá el padre sustituir al hijo emancipado, *d. l.* 2. *in. pr.*, y mucho menos la madre á sus descendientes; pues de que en el caso de la *l.* 33. *eod.* se llamen tablas pupilares las que la madre hizo para un hijo suyo impúber, no puede deducirse de ningun modo que pueda tambien la madre sustituir pupilarmente á sus descendientes impúberos. Efectivamente, se propone allí una madre que hizo la sustitucion para su hijo impúber, no para el caso en que fuere heredero, sino para el en que no lo fuere, y por lo tanto es esta una sustitucion vulgar, no pupilar. Africano, empero, llamó pupilares aquellas tablas, primero por razon del objeto, á causa de que se hacia la sustitucion á un hijo mientras aun estaba en la edad pupilar; y además, porque la sustitucion se difiere para la muerte del impúber y en aquel caso se asemeja á la sustitucion pupilar, á lo menos por lo que hace á los bienes de la madre, segun muy bien advierte Cuyacio modificando esta respuesta de Africano, 2. *ad. Afric.* Este fué un consejo de los jurisconsultos quienes inventaron tambien un cierto modo de sustituir por el cual pudiese tambien sustituirse á los emancipados con los mismos efectos de la sustitucion pupilar, *l.* 39. *h. t.*

2. No basta, empero, que los descendientes esten en la patria potestad si no tienen el primer grado en la familia del testador; esto es, si no son herederos suyos del mismo; pues si, por ejemplo, el padre precediere al nieto no podrá el abuelo sustituir pupilarmente á este último, á causa de que despues de la muerte del abuelo ha de recaer en la patria potestad de su padre, *d. l.* 42. *in pr.*; lo que hace que el no poder hacer testamento ó el no poder tener heredero testamentario no proviene de su edad ó impubertad, sino de su cualidad de hijo de familias, á quien ni aun cuando ha llegado á la pubertad es permitido hacer testamento, y de cuya sucesion no pudo de ningun modo tratarse por derecho antiguo. No obstante, tambien á estos nietos á quienes el padre precede puede sustituir segun la fórmula de la *l. Vell.* de modo que teste asi: *sea heredero mi hijo: si este durante mi vida dejare de ser heredero suyo entónces mi nieto habido del mismo sea heredero. Si el nieto fuere heredero y muriere dentro de la pubertad sea heredero Seyo*; cuya institucion del nieto se hace por el segundo capítulo de la ley Velleya. *l.* 29. §. 13. *de lib. et post.*

3. Pregúntase ahora, si para que valga la sustitucion pupilar es necesario que los descendientes estén en la potestad en entrambos tiempos; á saber, en el en que se hace la

(a) L. 10 tit. 5. P. 6.
(b) L. 5. tit. 5. P. 6.

sustitucion y en el de la muerte del testador, ó si basta que lo estén en este último. Acursio, Bartolo *d. l. 2.* y vulgarmente los intérpretes creen que basta que concurra en los sustituidos esta cualidad al tiempo de la muerte. Los doctísimos jurisconsultos de una edad mas reciente como son Goveano en *d. l. 2.* Viglio *aqui n. 7.* Covarrubias en el *cap. de test.* §. 5. *n. 2.* creen por el contrario que debe atenderse para esto á entrambos tiempos; á saber, al en que se hace la sustitucion y al en que muere el padre, de cuya opinion soy tambien; pues las palabras de esta sustitucion se confieren para el tiempo presente de la sustitucion, y cuando se requiere alguna cualidad para la constitucion de algun acto debe aquella concurrir al tiempo en que el acto se efectua, *l. 49. §. 1. de hæred. inst.* §. 4. *inf. de hæred. qual.*, siendo muy vulgar aquello de que lo que desde un principio no subsiste no puede ser válido en virtud de un hecho posterior. Añádase á esto el texto bastante claro de la *l. 41. §. 2. h. t.* que dice así: *si alguno de estos no estuvo en la familia tambien al tiempo de la muerte, la sustitucion pupilar se hace irrita*; con cuyas palabras da claramente á entender el jurisconsulto que además del tiempo de la muerte hay tambien algun otro en el que el impúber debe estar en la familia, el cual no puede ni debe entenderse que sea otro que aquel en que se hace la sustitucion. En apoyo de la contraria opinion se aduce *d. l. 2. in pr.* en donde Ulp. dice así: *pero si uno hubiere instituido heredero á un estraño podrá sustituirle, con tal que lo adoptare ó arrogare en lugar de nieto, precediéndole el hijo.* De este lugar piensan Acursio y Bartolo que se deduce que basta para la sustitucion pupilar el que aquel á quien se sustituye se halle en la potestad al tiempo de la muerte; pero á mi me parece que en dicho lugar se manifiesta claramente por Ulpiano todo lo contrario; á saber, que primeramente debe adoptarse al estraño en lugar de nieto antes de hacerse la sustitucion; pues dice que podrá sustituirle si le adoptare en lugar de nieto.

4. Para que, empero, se entienda mejor esta ley tomemos la cosa de un poco mas arriba. Habia el jurisconsulto manifestado de qué manera podia sustituirse, esto es, sustituirse de suerte que no se invalidase la sustitucion á aquellos nietos que están precedidos por sus padres; y diciendo que deben ser instituidos ó desheredados para que al suceder en lugar de herederos suyos (en cuyo único caso tiene efecto la sustitucion) y al hallarse preteridos no rompan el testamento extinguiéndose por consecuencia la sustitucion pupilar. Debe, empero, ser instituido segun el consejo y la fórmula de la ley Velleya; de otra suerte se tiene por preterido. Luego despues añade que el extraño no es necesario que sea instituido en virtud de la fórmula de la ley Velleya; sino que instituido vulgarmente, aunque despues suceda en lugar del heredero suyo no romperá el testamento. Y este es el sentido de la *l. 23. §. 1. de lib. et post.* y por lo tanto instituido del modo comun un extraño impúber y adoptado despues en lugar de nieto como habido de un hijo (pues puede hacerse esto en dos diferentes tiempos *l. 16. §. 1. h. t.*) puede sustituirsele; puesto que aquella institucion basta para que no rompa el testamento por la sucesion como á preterido, cuando si la institucion hubiere tenido lugar despues de la adopcion no valdria á no haberse hecho segun la fórmula de la ley Velleya; pues, ya sea natural el nieto á quien precede el padre, ya adoptivo siempre debe ser instituido segun lo prescrito por la ley Velleya, considerándose de otro modo por preterido, sobre lo que hablé lentamente en la explicacion del §. 2. *sup. de exhæred. lib.* Tratándose aqui de uno que es extraño al tiempo de la institucion y no al de la sustitucion, está tan lejos este lugar de confirmar la opinion contraria, como que hasta la refuta. No puedo, pues, dejar de extrañar que Bacovio llame enigmática una explicacion que concuerda tan manifiestamente en todo con las palabras y la mente del jurisconsulto no menos que con la razon del derecho; y ciertamente que cualquiera podrá fácilmente conocer que los verdaderos enigmas son los argumentos que en apoyo de la comun opinion aduce el mismo.

Veluti si quis). Pónese aqui una fórmula de sustitucion mixta que es llamada doble por Modestino á causa de que comprende entrambos casos, el de la pupilar y el de la vulgar, *l. 4. §. h. t.* Y antiguamente es probable que aquellos que quisieron mirar para entrambos casos, tanto para sí como para sus hijos, se valieron por consejo de los jurisconsultos de esta fórmula disyuntiva; ya porque segun la opinion de muchos, la sustitucion solo tenia lugar en el caso que se habia expresado, ya porque á causa de la diversidad de pareceres y de fallos estaba aun esto sin decidir. Posteriormente, empero, por la constitucion de los emperadores Marco y Vero se introdujo que si el padre hubiese sustituido para uno de los dos casos se entendiese haberlo verificado para entrambos *l. 4. in pr. eod.*

5. Lo primero, pues, que está puesto fuera de toda duda es que en el caso de la sustitucion vulgar expresa se comprenderá tambien la pupilar; por ejemplo: si el padre sustituye á un hijo impúber á quien nombró heredero de esta suerte: *si mi hijo no fuere heredero séalo Ticio*; pues aqui se considera Ticio nombrado tácitamente sustituto para el caso en que el hijo fuere heredero y muriera dentro de la impubertad, *d. l. 4. in pr.*, á no ser que manifiestamente se oponga la voluntad del testador, *l. 4. C. eod.* (a); pues el admitirse aqui tambien la sustitucion pupilar solo se funda en la conjetura de la voluntad que se saca de la probabilidad que hay de que aquel que uno quiso que fuese heredero suyo en caso que no lo fuese su hijo quiso tambien que fuese heredero de este, si el hijo fuere heredero y muriere dentro de la impubertad; pues en entrambos casos se considera haber profesado igual afecto al sustituto sin que haya tratado de mirar mas por su bien que por el del hijo impúber, á quien se cree útil el recibir heredero de su padre, *l. 42. de adquir. hæred.* Semejantes conjeturas, empero, no deben admitirse cuando es manifiestamente contraria la voluntad del testador; por lo que, si este ó expresamente sustituyó á otro para el segundo caso, ó en la condicion de la sustitucion vulgar comprendió una persona tal á quien no pueda nombrarse por sustituto pupilar, aqui aquel que es sustituto para el primer caso de ningun modo debe entenderse que lo sea tambien en el segundo contra la manifiesta voluntad del testador, quien, ó expresamente nombró otro sustituto para el segundo caso, *§. 3. inf. eod.*, ó nombró para el primero un sustituto que no puede serlo para el segundo, al hacer lo cual es manifiesto que el testador solo hizo la sustitucion para aquel caso en que puede sustituirse á entrambos herederos, *d. l. 4. §. 2. l. 45. t. d. l. 4. C. eod.*

6. Finalmente, tambien decimos por el contrario que cuando se ha expresado la sustitucion pupilar se comprende la vulgar. No obstante, aqui tenemos en contra á Polito *de subst. pup. quæst. 8, n. 59.* Viglio *hic. n. 49.* Antonio Fabro *dec. 52, error 9.*; pocos varones en número, (aunque Viglio cita algunos otros) pero esclarecidos. Estos disputan en contrario con muchas razones, y establecen sériamente que en la sustitucion pupilar expresa no viene nunca tácitamente comprendida la vulgar. Nosotros tenemos en nuestro favor mucho mayor número de intérpretes, pero esto es muy poco si no vencemos tambien por la autoridad de las leyes y por la razon. Veamos, pues, si tambien en esta parte han de cedernos los contrarios. En dos autoridades nos apoyamos; primero en las mismas palabras de la constitucion de los emperadores Marco y Vero que refiere Modestino al *pr. de d. l. 4.* y que son estas. *cuando el padre hubiere sustituido al hijo impúber para un caso se entiende haberlo sustituido para entrambos.* No dice el jurisconsulto *en el primer caso*, de cuyo modo debian haber hablado los emperadores si querian dar á entender que solo cuando se habia expresado el primer caso, es decir la vulgar, se comprendia tambien la pupilar; sino *en un caso*; esto es, en uno de los dos, sin distinguir si ha sido en el primero ó en el segundo. En segundo lugar, y mas claramente aun tenemos la autoridad del mismo Modestino que propone y decide esta cuestion en dicha *l. 4 §. 2.* Uno que tenia dos hijos, uno púber y otro impúber los instituyó herederos á entrambos, y nombró al púber sustituto del impúber para el caso en que este fuese heredero y muriese antes de llegar á la pubertad. El jurisconsulto dice que aqui el hermano púber se entiende nombrado sustituto para entrambos casos. Lo que, empero, advierte al fin de la misma respuesta que para evitar toda cuestion obrará mucho mejor el padre si sustituyere al impúber para entrambos casos, aparece que lo dice porque en caso de la sustitucion recíproca como el que habia propuesto; á saber, cuando el uno es sustituto del otro, el hijo impúber sustituto vulgar del púber, y este pupilar de aquel; podia suscitarse una cuestion de voluntad sobre si del mismo modo que el padre tan solo quiso sustituir al púber para el un caso; esto es, el vulgar, asi tambien debe entenderse que tan solo ha querido sustituir para un caso al impúber, esto es, para el pupilar. Semejante cuestion, empero, no puede tener lugar despues de la constitucion del emperador Marco; puesto que no puede sustituirse el uno al otro para diferentes casos, sino tan solo para aquel en que entrambos pueden ser sustituidos, ya sea este el primero, ya sea el segundo. Por otra parte, es tan conforme á la razon introducir esta conjetura de la voluntad, de modo que el sustituto nombrado para el segundo caso se entienda tambien sustituto para el primero, como el introducirla de suerte que el sustituto para el primer caso se entienda tambien serlo para el segundo; como que en aquel hay mas fundada conjetura que no en este, lo que advierte tambien Cris-

cinco *vol. 4. decis. 15. n. 4.* Efectivamente, cuando el padre instituye por heredero á un hijo el que espera que será heredero suyo y que conseguirá los bienes que le ha de dejar hay una grande presuncion de que quiso que aquel que nombró por sustituto del hijo para el caso en que este fuere heredero, y aquel á quien por consiguiente quiso que despues de muerto el hijo perteneciesen sus bienes á una con los del hijo posteriormente adquiridos, quiso decimos, que en caso de que el hijo no fuese heredero lo fuese en solo sus bienes, cuya presuncion es tanto mayor en este caso que en el anterior, en cuanto aparece que el testador amó mas á aquel á quien á una con sus bienes dejó tambien los del hijo, si algunos adquiere posteriormente, que no á aquel que tan solo nombró heredero suyo. Con solo esto pueden refutarse todas las razones de los que piensan en contrario; puesto que no se fundan en autoridad ninguna á no ser en lo que Antonio Fabro nos objeta de Javoleno en la *l. 28. de reb. auct. jud. poss.*

7. En dicho lugar, empero, trata el jurisconsulto de una cuestion muy diferente; á saber, si se concede una accion á los acreedores paternos contra el sustituto del impúber que se abstuvo de la herencia, ó sea si el sustituto está obligado á reconocer las deudas del padre, y á satisfacer á los acreedores, ó si puede separar las herencias que el derecho civil unió por la nuda existencia del heredero suyo. Y si de aqui deduce Fabro que el sustituto pupilar del impúber, absteniéndose este, no puede adir la herencia del padre en virtud de la sustitucion vulgar tácita, tambien podrá deducirse de lo mismo que ni los herederos lejítimos podrán adquirir la herencia del padre si el pupilo se abstuviere. Y porqué no ha de poder decirse que en el caso propuesto por Javoleno el sustituto repudió una herencia manifiestamente dañosa, la que le habia sido deferida en virtud de la sustitucion vulgar táctia? En cuanto á mi, me parece que por lo que hace á esta cuestion Javoleno fué del mismo parecer que Juliano, cuya opinion, como contraria á la utilidad del pupilo, impugnan Marcelo y Ulpiano, *l. 42. de acq. hæred.* Ya antiguamente se dilucidó ante los Centumviros esta cuestion, entre los herederos de un tal Coponio y Marco Curio, de lo que habla Ciceron en muchas partes y Quintiliano *lib. 7. cap. 7.* Coponio habia instituido por heredero á un póstumo, y le habia dado por sustituto á Curio en caso de que muriese antes de llegar á la pubertad. No habiendo nacido el póstumo, suscitóse una cuestion sobre la herencia entre los herederos lejítimos del testador y el sustituto. Quinto Mucio defendió que los herederos lejítimos debian ser admitidos á causa de que Curio habia sido nombrado sustituto del póstumo para el caso de que este muriese antes de la pubertad; el póstumo, empero, no nació, y por tanto faltó la condicion de la sustitucion. A Mucio le contradijo Lucio Craso, y con los mismos argumentos de que nosotros hemos hecho uso, probó á los Centumviros que debia Marco Curio ser admitido como á heredero en virtud de la sustitucion. Cuyo juicio vindica la comun opinion de los absurdos que profieren Viglio y Fabro; y como que la cosa estaba aun duda fué probablemente á causa de la autoridad de Quinto Mucio, confirmado por la constitucion de los emperadores Marco y Vero. No obstante, sin dificultad concederé que no debe admitirse la misma interpretacion en la sustitucion del desheredado.

Quam in suam tutelam venerit). Este es un antiguo modo de hablar por el que significaban los antiguos la edad pupilar; es decir, aquella que está sujeta á la potestad de los tutores; pues la tutela acaba por la pubertad, y despues de ella el adulto empieza á estar en su tutela propia, aun cuando todavía se rija con ausilio de los curadores. Emplea este modo de hablar Marco Tulio en el *lib. 1. de orat. y lib. 2. de inv.* y en otras muchas partes. Nuestros autores se sirven de él con mucha frecuencia; Javoleno en la *l. 39. h. t.*; Neracio en la *l. 54. de hæred. ins;* Juliano en la *l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab.* Paulo en la *l. 51. de leg. 3.*, y el pretor en su edicto *l. 5. §. 2. quib. ex cau. in poss.*

8. *Si quidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit. hæres*). Cuándo sucederá pues que el pupilo no sea heredero y qué el sustituto lo sea del padre en fuerza de la sustitucion vulgar? A acaso tan solo cuando acontezca que el pupilo muera antes que el padre, ó tambien cuando sobreviviendo á este se abstiene de la herencia paterna? Teófilo dice que en virtud de la sustitucion vulgar solo es admitido el sustituto, y se hace heredero del padre cuando el hijo ha muerto durante la vida de este; pero yo pienso que tambien en el caso en que el impúber ha sobrevivido al padre y se ha abstenido expresamente de los bienes paternos, será admitido el sustituto á la herencia en virtud de la sustitucion del padre, debiendo explicarse esta condicion *si no fuere heredero* segun la mente del testador, de modo que no se entienda haber existido cuando uno

ha sido heredero solo de nombre, sino cuando lo ha sido en el efecto. Asi es, que los jurisconsultos en la *l.* 67. *de ritu nup. l.* 68. *de leg.* 1. niegan abiertamente que el hijo que se abstuvo de la herencia haya sido heredero; pues si bien aquel que se abstuvo es considerado por el derecho civil como heredero, por cuya razon se dice que no está sin heredero aquel que lo tiene suyo, aun cuando se abstenga, *l.* 30. §. 10. *de fideicom. lib.*; y apesar que tambien esto produzca sus efectos, *l.* 12. *h. t. l.* 11. *y sig. l. ult. de adquir. hœred. l.* 28. *de reb. aut. jud. poss.*, con todo en el caso propuesto no debe tenerse en consideracion el núdo nombre de heredero, ó sea aquella nuda existencia; de otra suerte de ningun modo podria sustituirse vulgarmente á un heredero suyo. Y comprendiendo esta condicion *si no fuere heredero* el caso de noluntad, segun manifestamos al principio del título anterior, y dispensando por consecuencia al hijo á la manera de una condicion potestiva de la necesidad de ser heredero, reduciéndole á la condicion de voluntario por la *l.* 4. *in pr. l.* 86. *de hœred. inst. l.* 12. *de cond. inst.*, de modo que por la facultad que le ha sido concedida por el padre puede adir ó no adir, pudiendo sin necesidad del beneficio del pretor abstenerse de la herencia por derecho civil; ciertamente, que en este caso no debe de ningun modo la herencia considerarse como adquirida. Véase lo que advertimos en *d. pr. del tit. preced.*

9. *Si vero extiterit hœres filius.*) Veamos ahora cuando se considera que el hijo ha sido heredero del padre para el efecto de que ha muerto aquel antes de llegar á la pubertad sea su heredero el sustituto pupilar. Y es sabido que si el hijo muriere despues de la inmixtion es admitido el sustituto, y se hace heredero del hijo; ni tampoco hay duda ninguna en que se observa lo mismo si el hijo hubiere muerto antes de haber declarado si quiere mezclarse en la herencia, ó abstenerse de ella. Pregúntase, empero, si tambien en el caso en que el hijo que expresamente se abstuvo de la herencia, ha muerto antes de llegar á la pubertad, es admitido el sustituto pupilar, y si es cierto lo que se dice que por sola la existencia del heredero suyo se confirman las tablas pupilares? Diráse que la nuda existencia no puede producir semejante efecto, y que por lo tanto en el caso propuesto deberá ser excluido el sustituto, si admitimos al cual damos á la nula existencia la fuerza de adicion; de lo que se sigue el absurdo de que á un heredero suyo no podrá sustituirsele vulgarmente por cuanto la sustitucion vulgar se extingue por la adicion de la herencia. Además, del mismo modo que en la sustitucion vulgar decimos que estas palabras *si el hijo no fuere heredero* deben entenderse segun la mente del testador del caso en que no quisiere mezclarse en la herencia paterna; asi tambien por el contrario estas otras propias de la sustitucion pupilar *si el hijo fuere heredero*, deberemos decir que se entienden del caso en que se mezclare en los bienes del padre, y que en entrambas sustituciones se compara con la adicion, la inmixtion, y no la nuda existencia. A esto se agrega tambien lo que se dice en Juliano de que si el padre hubiere instituido á dos en union con un hijo impúber, y nombrado á aquellos sustitutos de este, es necesario para la confirmacion del testamento del padre que uno de ellos ada la herencia *l.* 11. §. 1. *ad S. C. Treb.* No obstante, impídenos que establezcamos esto el texto expreso de la *l.* 12. *h. t.* y la *l.* 42. *de adquir. hœred. l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.*, en donde disputan los jurisconsultos si muerto el pupilo que se abstuvo de los bienes del padre debe concederse al sustituto la separacion de los bienes del padre y del hijo, de suerte que ada la herencia solo en virtud de la sustitucion del pupilo, cuya cuestion seria inútil y ridícula, si en caso de abstenerse el pupilo no pudiera de ningun modo el sustituto ser admitido en virtud de la sustitucion. Deberá pues absolutamente decirse que tambien en este caso cuando el pupilo se abstuvo se defiere la herencia al sustituto en virtud de la sustitucion pupilar, y que en virtud de la sola existencia del heredero suyo se confirman las tablas pupilares; lo que tambien prueban claramente la *l.* 4. *de re jud.* y la *l.* 41. *de adquir. hœred.* Ni debe parecer absurdo el que en la sustitucion pupilar concedamos la fuerza de adicion en la sola existencia, y en la vulgar tan solo á la inmixtion; pues no es necesario que el nombre de heredero ó la existencia se espliquen y tomen del mismo modo en la condicion de entrambas sustituciones; pues aunque concedamos que tambien en la sustitucion pupilar, con estas palabras *si mi hijo fuere heredero* entendió el padre el caso en que lo fuere en efecto; con todo, la razon del derecho y el favor del pupilo exijen que para el efecto de que tratamos la sola existencia se tenga por adicion, sosteniéndose las tablas pupilares. Sin embargo, si al hijo se le ha dado por coheredero un extraño se lastima la suidad, segun dice *Porc. ad tit. de Attil. tut.*, como que aqui la validez del testamento pende tambien en

parte del coheredero, para la confirmacion de las tablas y de la sustitucion pupilar no basta que el hijo por sola la potestad del derecho haya sido heredero por lo que hace á su parte, sino que en este caso si se abstuviere, para que valga el testamento es necesario que la herencia del padre sea adida por el extraño, *d. l.* 11. §. 1. *ad. S. C. Treb.*; y de este modo debe tambien explicarse la *l.* 2. §. 1. *h. t.* Efectivamentè, la nuda existencia del heredero suyo que se hace desde luego en el mismo momento de la muerte del padre no puede confirmar por entero el testamento cuando al mismo tiempo hay otro heredero que puede adir. Véase á Bartolo en la *l.* 12. *h. t.* y en *d. l.* 11. §. 1. *ad Treb.*; quien á mi modo de entender explicó esto mucho mejor que Cuyacio 26. *obs.* 1. y que Antonio Fabro *decis.* 31. *error* 8.

10. *Ipsio filio fit hæres sustitutus*). Y le sucede en todo lo que fué del hijo al tiempo de su muerte, ya lo hubiese adquirido del padre, ya por cualquier otro medio; pues esto es un testamento del pupilo en que el testador nombra al sustituto heredero, no de sus propios bienes, sino de los del impúber, *l.* 10. §. 5. *h. t.* (a). Exceptúase el sustituto del arrogado, quien no puede adquirir en virtud de la sustitucion nada mas que lo que el impúber tiene de los bienes del arrogador ó por medio del mismo, *d. l.* 10 §. 6. (b). Como, empero, segun la razon del derecho siempre que se defiere la herencia en virtud de testamento ó hay esperanza de que se deferirá no pueden suceder los herederos ab intestato, es cierto que los herederos lejítimos del pupilo, esto es, todos aquellos que á no ser la sustitucion sucederian al pupilo ab intestato, serán excluidos por el sustituto que admita la herencia, y por consiguiente tambien la madre del pupilo (c); aunque acerca de esta puede suscitarse alguna duda; pues la madre tiene sobre los otros herederos lejitimos la prerogativa de que preterida por sus hijos puede acusar de inoficioso el testamento, ó segun la *nov.* 115. destruirlo *ipso jure*, si es verdadera la comun opinion, lo que ahora no entro á disputar. Teniendo, pues, la madre este derecho cuando los hijos hacen testamento por sí mismos, podria parecer que tambien lo tiene cuando no lo hacen por sí, sino que lo hace su padre por ellos; pues lo que uno hace en virtud de otra persona y en nombre de otro no puede tener mayor fuerza de la que tendria si lo hiciese aquel en cuyo nombre se ha hecho la *l.* 51. §. 1. *de proc. l.* 13. §. *pen. de damno inf. l.* 10. *C. de hæred. inst.* Ulpiano, empero, *l.* 8. §. 5. *de inof. test.* responde expresamente lo contrario; á saber, que la madre del impúber no puede redagüir de inoficioso el testamento del mismo, dando de ello la razon porque el padre lo hizo por él, con cuyas palabras quiso dar á entender el jurisconsulto de que la querella inoficiosa debe fundarse en la razon de que aquel que hizo el testamento no estaba en su sano entendimiento; esto empero, no puede imputarse al pupilo á causa de que no hizo él mismo el testamento, y á la mujer no le compete la querella contra el testamento del marido; cuya razon puede, segun la comun opinion de los doctores, acomodarse tambien al derecho nuevo; pues todo el derecho nuevo establecido por Justiniano, solo tiene por objeto, segun el mismo atestigua, el librar de la injuria de la pretericion y desheredacion, cuya injuria en ninguna manera ha hecho á la madre el pupilo. Ni el padre cuando hace testamento para sus hijos testa por la persona y en el solo nombre de estos, sino por derecho propio y por su misma persona; á saber, en fuerza del derecho de potestad patria; lo que manifiesta tambien claramente la *ley.* 9. *C. h. t.*, en donde Justiniano prohibe que se admita la querella contra la sustitucion del mentecato, diciendo que establece esto á ejemplo de la sustitucion pupilar.

11. Negada la querella es una consecuencia necesaria que la madre sea excluida por el sustituto pupilar hasta por lo respecto á la lejitima; y asi se dispone expresamente en la constitucion de Bonifacio VIII *cap.* 1. *in fine de test. in* 6. *Aunque el hijo*, dice el Pontífice, *no puede en su testamento privar á la madre de la porcion que le es debida por derecho natural, puede con todo privarla de ella el padre en el testamento que hace para su hijo impúber*. Bocero en sus comentarios á este párrafo, piensa quo aunque la madre no puede rescindir el testamento por medio de la querella, puede con todo conseguir la lejitima de otro modo; á saber, por la condicion de la ley, por cuanto está generalmente establecido que de los bienes de los hijos debe dejarse la lejítima á la madre *l.* 30. *y* 32. *de inof. test. Nov.* 1. *in pr.*; pero ya probamos antes que esto solo es verdad cuando los hijos testan por sí, mas no cuando el padre en virtud de su derecho propio hace testamento por ellos. Ni puedo convenir con Menochio quien en el *lib.* 4. *præs.* 38. piensa que la madre es ex

(a) L. 7. tit. 5. P. 6.
(b) L. 9. tit. 5. P. 6.
(c) L. 12. tit. 5. P. 6.

cluida de la lejítima por lo que hace á los bienes del padre; pero no por lo respectivo á los del hijo, puesto que el padre al hacer testamento para su hijo impúber no solo dispone de sus bienes propios sino tambien de los de este y hasta da sustituto al desheredado. Y debe absolutamente establecerse como cierto que aquel que en virtud de su derecho no puede entablar la querella inoficiosa, por mas que no haya recibido nada del testamento, no puede tampoco pedir la lejítima segun dice muy bien *Fachin lib.* 4. *cont.* 2., y es esta la comun opinion *Gom.* 1. *resol.* 4. *n.* 7.

12. Si, pues, admitimos esto en la sustitucion pupilar espresa no hay razon ninguna porque no debamos admitir lo mismo en la tácita que viene comprendida en la vulgar expresa; pues teniendo en este caso el pupilo por la constitucion de los emperadores Marco y Vero testamento, y de él heredero lo propio que si hubiere recibido sustituto pupilar espreso, la razon del derecho exije que nadie, sea la madre ó cualquiera otro, sea admitido á la sucesion lejítima del pupilo ó destruya su testamento por medio de la querella. Cuya opinion, aunque es comunmente desechada por los doctores, es abiertamente confirmada con un argumento *á sensu contrario* en la *l.* 2. *C. h. t.* en la que los emperadores responden que en el caso alli propuesto es admitida la madre á causa de que el testador al instituir heredero al hijo impúber, y á algunos otros que no lo eran de la misma condicion, y al sustituirles recíprocamente, no se entiende haber hablado de otro caso que de aquel que puede tener lugar en la persona de todos; á saber, de la sustitucion vulgar (a); con lo cual se da á entender claramente que se responderia otra cosa si á la persona de todos conviniesen entrambos casos: véase la *l.* 45. *h. t.* y la *l.* 4. *C. eod.* Pero á esto se nos objetan dos leyes; á saber, la *l.* 8. *C. h. t.* y la *l. ult. C. de instit. et subst.* A la primera es óbvia la respuesta, diciendo que la constitucion del emperador Marco no pertenece al testamento militar de que se habla en dicha *l.* 8., puesto que este testamento no se rije por las leyes ni constituciones; sino por la voluntad simple y nuda tal como se ha manifestado espresamente, *l.* 6. *C. de test. mil.*, y que por lo tanto en él la sustitucion vulgar espresa no comprende la tácita: y lo mismo sucederia aun cuando el caso allí propuesto y decidido no fuese la madre la heredera lejítima del pupilo, sino el hermano ó cualquier otro. En la *l. ult. C. de instit. et subst.* se propone el caso siguiente: Un testador nombró por herederos á su mujer y á un póstumo y en caso que este no naciese quiso que Mevio fuese su heredero. Nació el póstumo y antes de llegar á la pubertad murió sobreviviéndole la madre. Papiniano y Ulpiano pensaron que habia aqui una cuestion de voluntad y que la madre debia ser admitida con preferencia al sustituto á la sucesion del impúber, y Justiniano insiguiendo su parecer decidió esta cuestion disponiendo que esta sustitucion no tenga la fuerza de la pupilar tácita contra la madre en caso que el pupilo antes de llegar á la pubertad muera sobreviviéndola la misma; pero si contra los demás, si hubiere esta premuerto. Quién no ve, empero, que el caso y razon de esta constitucion es singular y que no debe fácilmente estenderse á otros casos? Prueba de esto son aquellas palabras en *este ejemplo*, *en semejante caso.* De otra suerte ¿en qué razon se habrian fundado Papiniano y Ulpiano para responder que aqui habia cuestion de voluntad, principalmente despues de promulgada la constitucion del emperador Marco? Es de todo punto probable que los jurisconsultos y el emperador en el caso propuesto tuvieron en consideracion que la misma madre fué nombrada heredera en una parte de la herencia y coheredera del póstumo aun en el caso en que este no naciese; pues de aqui nace una fundada conjetura en favor de la madre, á causa de que es muy creible que el testador que profesó un amor tal á su mujer que la instituyó á una con el hijo; es muy creible, decimos, que no quiso excluirla de la herencia luctuosa del mismo. Además, tambien es probable que tuvieron en consideracion que la sustitucion referida no se supone hecha para aquel caso general semejante al de la sustitucion vulgar, *si el hijo póstumo no fuere heredero*, sino para un caso especial y expresamente para el en que el póstumo no naciere; de donde nace otra nueva conjetura en favor de la madre, por cuanto cuando esta está de por medio, y principalmente cuando ha sido nombrada coheredera del póstumo no debe este caso, *si el póstumo no naciere*, hacerse lijeramente estensivo á aquel en que naciere y muriere antes de llegar á la pubertad; para no ir contra la voluntad del testador, quien no parece haber querido que aquel que nombró por sustituto del póstumo, y á quien espresamente instituyó para el caso en que no naciere el póstumo, y existiendo el cual no puede entenderse que haya madre, ni hijo, ni herencia de este, no parece haber

(a) L. 5. tit. 5. P. 6. vers. *Fueras ende* y sig.

querido, repetimos, que sea heredero cuando hubiere nacido el póstumo y hubiere muerto durante la vida de la madre, excluyendo á esta de la herencia luctuosa del hijo. Por consiguiente, concluimos que siempre ha de responderse á favor del sustituto, aun cuando esté la madre de por medio, ya se trate de la sustitucion pupilar, espresa ya de la tácita., siempre y cuando de conjeturas ciertas ó probables no puede deducirse que es otra la voluntad del testador; así tambien piensa Viglio aqui.

Moribus institutum). La sustitucion vulgar se confirma por la ley de las doce tablas con estas palabras: *uti quisque legasit super pecunia sua*. La pupilar no perteneció á dicha ley, puesto que por ella el padre no dispone de su dinero ó bienes, sino de los de sus hijos, *l.* 40. §. 3. *h. t.* Esta sustitucion ha sido introducida por la costumbre, *l.* 2. *in pr. h. t.* y lo que por la ley de las doce tablas era permitido al padre respecto de la tutela; á saber, que diese tutor en testamento á sus hijos se hizo estensivo poco á poco á la fortuna y bienes de los mismos; de suerte que fuese lícito al padre el dar heredero testamentario á los hijos para aquella edad en que estos no pueden hacer testamento, continuando los efectos de la patria potestad despues de la muerte del padre hasta aquel tiempo en que los hijos pudiesen hacer testamento por sí; es decir, hasta la pubertad, llegado la cual se extinguia la sustitucion.

13. Introdújose esto en favor de los mismos impúberes á quienes se consideró no solo honorífico, sino tambien útil el tener heredero testamentario, y por tal á aquel que hubiese sido designado por el padre, *l.* 42. *de acq. hæred.*; y principalmente se les consideró útil á causa de que de este modo está su vida menos espuesta á las asechanzas de los agnados mientras se ignora quien ha de ser su sucesor; por lo que, antiguamente los padres disponian que no pudiesen abrirse las tablas pupilares durante la vida é impubertad del hijo, §. 3. *inf. eod.* VINN. Vulgarmente se niega que la sustitucion pupilar provenga de las doce tablas á causa de la *l.* 2. *pr. de vulg. et pup.* en donde se atribuye su orijen á las costumbres al paso que por el contrario en la *l.* 40. §. 5. *eod.* se dice espresamente de la vulgar que proviene de las doce tablas. No es contradictorio, empero, el decir de una misma cosa que ha sido introducida por la costumbre y que se deriva de la ley de las doce tablas; puesto que en estas se incluyeron todas las costumbres de los antepasados, segun atestigua Dion. Hal. *lib.* 2. *pag.* 96. *y lib.* 10. *pag.* 676. Habian dispuesto los decemviros que se tuviese por ley todo lo que el padre de familias dispusiese sobre sus bienes ó la tutela de su cosa. Los hijos, empero, respecto de sus padres eran cosas, que podian ser vendidos, Cayo *inst. lib.* 1. *tit.* 6. §. 3., y vindicados *l.* 1. §. 1. *de reiv.* y hasta se daba la accion de hurto para reclamarlos en caso de haber sido hurtados, *l.* 38. §. 1. *de furtis.* Del mismo modo, pues, que la tutela testamentaria proviene de las doce tablas á causa de que el padre de familias puede disponer de la tutela de su cosa, así tambien tendrá el mismo orijen la sustitucion pupilar á causa de que los decemviros habian concedido á los padres de familias el disponer de los bienes de su cosa. HEIN.

« En España aunque el *vers. E aun decimos* de la *ley* 10. *tit.* 5. *P.* 6. establece « clara é indistintamente no tener lugar la « sustitucion pupilar si el hijo no quisiere ser « heredero, con tal que en ello no obre fraudulentamente, con todo, Greg. Lop. en la « *glos.* 10. de la misma ley restrinje esta disposicion al caso en que se ha dado un extraño por coheredero al hijo instituido. Y « ciertamente el citado *vers.* se ve claramente que está tomado de la *l.* 1. §. *de vulg.* « *et pup. subst.*, la que á no dudarlo ha de « entenderse del caso en que ha sido instituido un extraño segun prueba muy bien Santolaria *l.* 42. *de adq. hær. num.* 11. Actualmente, estando en vigor la *ley* 1. *tit.* « 18. *lib.* 10. *Nov. Rec.* que quiere valgan « los legados y demás capítulos del testamento cuando el heredero en él instituido no « quisiere serlo, se desvanece cualquier duda « que podria ocurrir en la admision del sustituto, segun muy bien advierte Ant. Torres aqu *vers. Si veró.* De paso debemos « advertir que entre nosotros no puede el « abuelo sustituir pupilarmente á los nietos, « puesto que no están en su potestad segun « vimos en el §. 3. *de la pat. pot.* »

« En Cataluña es preciso que el padre sustituya en cuanto á los bienes maternos á « parien maternos hasta el cuarto grado, « *Const.* 3. *tit.* 2. *lib.* 6. *vol.* 1. *Const. de Cat.* « Los padres tampoco tienen obligacion de « nombrar heredero al hijo á quien sustituyen pupilarmente, bastando que hagan « mencion de él por título de legado ó cualquier otra manera. *Const.* 2. *dicho tit.* Finalmente, lo propio que en Castilla los abuelos no pueden sustituir pupilarmente á sus « nietos, á causa de que los hijos salen de la « patria potestad de aquellos por medio del « matrimonio. »

TEXTO.

De substitutione mente capti.

4. Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumque sexus, vel gradus, liceat eis, et si puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem recipuerint, eamdem substitutionem infirmari sancimus: et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis quæ, post quam pupillus adoleverit, infirmatur.

TRADUCCION.

De la sustitucion del mentecato.

Movidos por esta razon pusimos tambien en nuestro código una constitucion por la que se dispuso que si alguno tuviere hijos, nietos ó biznietos, de cualquier sexo ó grado, mentecatos, le sea lícito aun cuando sean púberes sustituirles ciertas personas, á ejemplo de la sustitucion pupilar; mas si recobraren su entendimiento mandamos que se invalide dicha sustitucion; y esto tambien á ejemplo de la sustitucion pupilar; la que queda sin efecto desde que el pupilo llega á la pubertad (a).

NOTAS.

Constitutione). *L.* 9. *C. de impub. et aliis substit.* Antes era necesario para esto un privilejio especial, *l.* 43. *h. t.*

Ut si qui habeant filios). Aun cuando no los tengan en su potestad, *d. l.* 9. en aquellas palabras *qui vel quæ testatori vel testatrici.*

COMENTARIO.

1. *Porqué razon se introdujo la sustitucion ejemplar?*
2. *Cuándo viven entrambos padres y los dos sustituyen ejemplarmente, debe ser preferida la sustitucion del padre á la de la madre?*
3. *La sustitucion ejemplar puede tambien hacerse extensiva á los furiosos y pródigos y hasta á los mudos y sordos.*
4. *Tambien puede sustituirse ejemplarmente á los impúberos mentecatos por el padre en cuya potestad están.*
5. *Tambien aquel que quiere sustituir ejemplarmente debe hacer testamento para sí.*
6. *Si hubiere muchos hijos ó hermanos del mentecato puede nombrarse por sustituto á uno solo de ellos.*
7. *Si puede tambien sustituirse ejemplarmente á los desheredados?*
8. *Si la sustitucion ejemplar invalidada por haber el mentecato recobrado su entendimiento vale de nuevo si volviere la enfermedad?*

1. En este párrafo se habla de la sustitucion del mentecato que es muy semejante á la sustitucion pupilar de la que es una especie imperfecta, por lo que, algunos la han llamado cuasi pupilar. Los antiguos intérpretes la llamaron ejemplar á causa de haberse introducido á ejemplo de la pupilar (b). Debe, empero, saberse que antes de Justiniano, ni por ley ni por costumbre ninguna fué lícito á los padres hacer testamento ó sustituir á sus descendientes púberos bajo pretexto ninguno de un defecto del alma ó del cuerpo que les impidiese testar por sí á no ser que hubiesen conseguido del príncipe el poder hacerlo, *l.* 43. *h. t.* Mas esto no siempre podia conseguirse y nunca sin grande molestia; con todo, siendo conforme á humanidad, Justiniano hizo de ello un derecho regular convirtiéndolo de privilejiativo en comun concediendo á los padres sin necesidad de obtener licencia del príncipe la facultad de sustituir á sus hijos mentecatos, aunque fuesen púberos del modo que ya antes podia sustituir el padre al hijo impúber; á saber, para el caso en que fuere heredero y muriese en el mismo estado de enagenacion mental, *l.* 9. *C. h. t.* En lo sucesivo irémos viendo los puntos de conctacto de estas dos sustituciones.

2. *Qua ratione*). A saber, la misma que dijo poco ha haber sido la causa de haberse introducido la sustitucion pupilar, pues con esto da á entender que por la misma razon que antes se admitió que los padres hiciesen testamento para sus hijos impúberes; á saber, porque los hijos á causa de la edad no podian hacerlo por sí; por la misma permitió á los padres que sustituyesen tambien á los hijos púberes que no están en su sano entendimiento y que por ello no pueden testar por sí VINN. No es, empero, la misma la razon de entrambas sustituciones, pues la pupilar se funda inmediatamente en la patria potestad y la ejemplar solo en la natural de los padres, por lo que, aquella se hace solo por el padre y esta tambien por la madre. HEIN.

Ut si qui). Sin distincion de sexo ó grado ni potestad patria, á fin de que alguno á semejanza de la sustitucion pupilar no refiera esto tan solo á aquellos padres que tienen hijos en su potestad; pues esta sustitucion no se funda en alguna razon civil, sino en sola la humanidad, afecto amor y solicitud de los padres hácia sus hijos, los que son iguales en todos los padres *d. l.* 9; aunque no afirmariamos esto con tanta seguridad á no conceder las mismas palabras de la ley

(a) L. 11. tit. 5. P. 6.

(b) L. 11. tit. 5. P. 6.

igual facultad á todos los padres, *al padre que testa, testador ó testadora*. Asi pues, podrá la madre y la abuela sustituir de esto modo, y hasta el padre á su hijo emancipado (a), y si el mentecato tuviere vivos á entrambos padres; es conforme á la razon del derecho que sea preferida la sustitucion del padre á la de la madre, segun dice muy bien Vasq. *lib.* 2. *de successione prog.* §. 17. *n.* 59. *y sig.*; aunque lo mas comun es que la sustitucion de cada cual valga en los bienes del mismo procedentes, segun Sitchar en *d. l* 9. *n.* 8., lo que tambien admite Perez *in C. h. t. n.* 51. Esto, empero, no parece que convenga á la naturaleza de esta sustitucion, semejante á la de la pupilar; pues que entrambas se hacen para todos los bienes de los hijos, y es una cosa ináudita el morir uno con dos testamentos, aunque tal vez hoy dia no se tendrá en cuenta semejante sutileza. Esta es la primera diferencia entre esta sustitucion y la pupilar.

Mente captus). No hay duda ninguna en que el furioso es tambien mentecato; es decir, carece de la luz del entendimiento; mas entre los antiguos suele el mentecato distinguirse del furioso, llamándose de este último modo aquel que está agitado por una especie de rabia; y mentecato aquel que estando tranquilo no manifiesta señal ninguna en su exterior. La demencia es muchas veces un vicio natural y perpétuo; mas el furor tiene sus intérvalos durante los cuales deja libre al que lo padece. De ahí el haberse suscitado la duda sobre si lo que se ha establecido acerca del furor debe tambien hacerse extensivo por interpretacion al furioso, cuya duda ocurre tambien en este párrafo y en *d. l.* 9., á causa de que en entrambas partes Justiniano solo hace mencion del mentecato. Efectivamente pudo haber en otro tiempo alguna causa de duda pues habiendo el emperador Marco permitido contraer matrimonio al hijo del mentecato se suscitó entre los antiguos la cuestion de si debia tambien esto hacerse extensivo al hijo del furioso, puesto que los mentecatos no tienen tregua ninguna, al paso que los furiosos tienen muchas veces en sus intérvalos mayor juicio del que de ellos podia esperarse, cuya duda quitó Justiniano haciendo extensiva la constitucion de Marco al hijo del furioso, *l.* 25. *C. de nuptiis*. En el caso propuesto, empero, no veo razon ninguna para dudar, puesto que es igual la condicion de entrambos, y que cuando el furor se lo permite es lícito á los mismos hijos, caso de no hallarse bajo la patria potestad, testar por sí y derogar el testamento paterno: véase la *l.* 45. *in pr. vers. nam et si. t. l.* 2. *C. de curat. fur.*, en donde se considera lo mismo el furioso que el mentecato, por lo que traduce muy bien Teófilo μεμήνοτας ἤγουν παραφρονοῦντας, esto es, desmemoriados, á saber, dementes. Aun mas, pienso que la constitucion de Justiniano debe extenderse á los pródigos, y por lo tanto tambien á los sordos y mudos que no pueden testar por sí, siendo esta la comun opinion fundada en la humanidad y razon de la constitucion, que conviene á todos ellos de modo que los padres hagan testamento por aquellos que no pueden hacerlo por sí, y que lo que antes solo tenia lugar en virtud del privilegio sea licito hoy dia por derecho comun, Gom. 1. *resol.* 6. *n.* 3. *y* 4. Covar. *in capite Raynut.* §. 6. *n.* 1., aunque sea de otro parecer Viglio *aqui*, y Goveano en *d. l.* 43. *h. t.* No obstante, segun dicen comunmente los doctores y establece Vasq. *d.* §. 17. *n.* 109. los frenéticos no pertenecen á dicha constitucion por la palabra esta *perpetuamente*.

Vel nepotes). Exíjese aquí, empero, la misma condicion que en la sustitucion de los impúberes; á saber, que los nietos á quienes se sustituye ejemplarmente no hayan de recaer despues de la muerte del testador en la potestad de su padre, *l.* 2. *h. t.*, pues que tambien esta sustitucion es un testamento de los hijos, y aquellos que están bajo la potestad de otro no pueden tener testamento ni heredero testamentario, *l. pen. y ult. C. qui test. fac.*; por lo que, si la madre hizo la sustitucion, muerta la misma sobreviviéndola el padre se extinguirá la sustitucion segun piensan muchos, aunque mi parecer es que mientras viva el padre no debe ser lícito á la madre el sustituir al hijo, sobre lo que trata mas latamente Vasq. 2. *suc. prog.* §. 17. *n.* 63. *y sig.*

4. *Et si puberes sint*). Esta es la segunda y principal diferencia entre esta sustitucion y la pupilar: Dice *aun cuando sean púberes*. ¿Será lícito, pues, sustituir ejemplarmente á los impúberes? No se habla del padre que emancipó á su hijo, ni de la madre ¡que trata de sustituir; puesto que estos solo pueden hacerlo ejemplarmente; sino del padre en cuya potestad está el impúber mentecato. La razon de duda que aqui hay proviene de una comparacion; pues del mismo modo que la curadoria de los agnados, en la que manda la ley de las doce tablas que estén los furiosos no pertenece á los impúberes que están en tutela segun el derecho comun, *l.* 3 *de tut.*, asi tambien podria parecer que no

(a) L. 11. tit. 5. P. 6.

les comprende esta sustitucion extraordinaria, por cuanto puede el padre por derecho ordinario sustituirles pupilarmente. Estas dos cosas, empero, no son iguales, pues que acabada la tutela entra en la administracion de los bienes del púber el curador á quien la ley ó el majistrado ponen en lugar del tutor; de suerte que aquí en todos los casos se ha mirado por el furioso, al paso que concluida la sustitucion pupilar, y durando aun la enagenacion del entendimiento no entra la sustitucion ejemplar; ni hay nadie que pueda nombrar un heredero para el mentecato. Así pues, es mejor que digamos que puede tambien el padre sustituir ejemplarmente á su hijo á fin de que dure esta sustitucion aun despues de la pubertad, si continuare el mismo estado del entendimiento. Así tambien piensan Duareno y los doctores comunmente.

5. *Ad exemplum pupillaris substitutionis*) Con estas palabras se da á entender que es lícito tambien al padre sustituir al hijo mentecato para el segundo caso; á saber, para el en que fuere heredero segun está admitido en la pupilar; y ademas que debe tambien el padre que sustituye ejemplarmente hacer testamento; primero para sí, é instituir en él heredero antes de sustituir al hijo, lo propio que en la sustitucion pupilar, §. 5. *inf. eod.*

6. *Ciertas personas*). Esta es la tercera diferencia. En la sustitucion pupilar es lícito nombrar á cualquiera por sustituto del hijo impúber, aun pretiriendo á sus hermanos; mas no asi en la ejemplar, pues en ella primeramente deben ser nombrados sustitutos sus hijos si los tuvieren, y en caso contrario los hermanos del mentecato, siendo, en caso que no existan estos, permitido nombrar por sustituto á cualquiera, *d. l.* 9. *C. h. t.* Y debe advertirse segun se añade en la constitucion que no es necesario en caso que el mentecato tuviere muchos hijos ó hermanos, que se nombre á todos por sustitutos; sino que basta para que valga la sustitucion que se nombre á uno de ellos, aunque no se desherede á l s otros, pues nada se espresa acerca la desheredacion de estos, y hasta es lícito preterirlos, segun puede deducirse de que contra la sustitucion se niega la querella; lo que respecto á los hijos del mentecato difícilmente puede decirse que no sea injusto: véase á Vasq. *dicho* §. 47. *n.* 55. *y sig.*; pero pensemos mejor del amor de los padres hácia sus descendientes y presumamos que el abuelo testador dejara á sus nietos preteridos otro tanto de sus bienes en compensacion.

7. Otra diferencia se deduce vulgarmente de las palabras de dicha constitucion, pues á los impúberes se les puede sustituir pupilarmente aun cuando nada se les deje, con tal que se les desherede, mas á los mentecatos no puede segun dicha constitucion sustituírseles, sino en el caso en que se les dejare la lejítima, y como naturalmente debe esta dejarse á los descendientes por título de institucion, *Nov.* 115., el testamento paterno solo subsistirá, ó solo dejará de tener lugar la querella inoficiosa cuando hubieren sido instituidos los descendientes á lo menos en una parte ó en alguna cosa; en cuyo caso si se les hubiere dejado menos de la lejítima conseguirán lo que les faltare por la condicion de la *l.* 30. *C. de inof.*; pues son en demasía escrupulosos aquellos que niegan que subsista el testamento á no ser que se haya dejado toda la lejítima concluyendo de aquí que el desheredado no puede sustituírsele ejemplarmente, pues la humanidad no permite que se aumente la afliccion al afligido, Bartolo en la *l.* 43. *n.* 18. *h. t.* y los doctores comunmente en la *l.* 9. *C. eod.*; pero no puedo convenir con ellos, porque pudiendo ser hasta los hijos furiosos desheredados por el padre, *l.* 27. *C. de Episc. aud. l. ult.* §. 5. *C. de curat. fur.*; lo que debe entenderse de suerte que pueden serlo eficazmente aun cuando nada se les haya dejado, con tal que lo sean por una causa de ingratitud cometida antes del furor, lo que hasta el mismo Bartolo en dicho lugar *n.* 19. y el comun de los doctores conceden; y asi no sé ver porque razon no ha de poder sustituírseles ejemplarmente en caso de ser desheredados. A la verdad, no se oponen á esto las palabras de la constitucion, pues lo que dice Justiniano de que se ha de dejar la lejítima es porque en caso de no verificarse esto sea nulo *ipso jure* el testamento; sino porque de otro modo puede invalidarse por medio de la querella, la que hoy dia no tiene fuerza ninguna si el heredero puede probar que la desheredacion ha sido hecha por una justa causa de ingratitud. Ademas, lo que últimamente dispuso el emperador que se dejase la lejítima por título de institucion no produce el efecto que si no se ha dejado asi, por mas que la desheredacion no esté bien hecha, el testamento no subsista *ipso jure;* sino que entonces podrá invalidarse por medio de la querella, sobre lo que trataremos con mas extension en el título 18.

Sin autem resipuerint infirmari). (a). A saber, faltando la condicion de esta sustitu-

(a) L. 11. tit. 5. P. 6.

cion; pues asi como la condicion propia de la sustitucion pupilar es *si el hijo muriere impúber*, asi la de la ejemplar es *si muriere en el mismo estado del entendimiento el mentecato*; y por lo tanto asi como aquella se acaba por la pubertad, asi tambien esta por recobrar el juicio, y de este modo interpretaron tambien los antiguos los rescriptos de los príncipes por los que se concedia el hacer testamento á algunos para sus hijos púberes que á causa de alguna enfermedad no podian testar por sí mismos; pues hubiera sido una iniquidad privar de la testamentificacion á un hombre de sano entendimiento, *l.* **15.** *h. t.*, en donde se indica tambien otro modo de invalidarse esta sustitucion; á saber, el nacimiento de un heredero suyo (a).

8. Qué sucederá, empero, si el hijo volviere á recaer en la misma enagenacion mental? Zasio *trac. subs. exemp.* insiguiendo á Baldo y Siliceto en *d. l.* 9. *C. h. t.* distingue la duracion del intérvalo, de suerte que si este fuere largo se extingue la sustitucion, mas no asi en caso contrario; y asi piensa tambien Covarrub. en *d. cap. Raynut.* §. 6. *n.* 11. Perez en el mismo *tit. del C.* niega indistintamente que vuelva en ningun caso á subsistir. Vasq. dice por el contrario que recobra su validez pero de suerte que considera que interinamente no se ha extinguido, y esto asi aun cuando el hijo al tiempo de la muerte del padre continue en su sano entendimiento, cuya opinion es la comunmente seguida segun Vasq. y Covarrubias. La razon del derecho nos inclina á decir con Donelo 6. *coment.* 27. que si el hijo durante la vida del padre recayere en la misma enfermedad, subsiste la sustitucion *arg. l.* 6. §. *de hæred. inst.* §. 4. *inf. de hæred. qual.*, á no ser que durante aquel tiempo en que estuvo sano su entendimiento hubiese testado por si mismo, segun el §. 1. *sub. quib. non est. perm. facere testam.*; mas que si al tiempo de la muerte del testador estaba en su cabal juicio se invalida la sustitucion, *arg. l.* 41. §. 2. *h. t.* y esta parece ser tambien la opinion de Viglio *hic. n.* 19. malamente aducido en contrario por Perez.

« En España, si el mentecato á quien sustituye el padre ejemplarmente tuviere descendientes, será preciso que todos ellos sean nombrados sustitutos; pero si solo tuviere hermanos bastará que se nombre uno de ellos, *l.* 11. *tit.* 5. *P.* 6. Ademas, como que el hijo de familias puede tener testamento segun vemos mas arriba al principio del *tit.* 10., no habrá nada que impida el que la madre sustituya ejemplarmente al hijo suyo mentecato que está aun bajo la patria potestad, lo que no podrá ser por derecho romano. »

(a) D. l. 11.

TEXTO.

Proprium pupillaris substitutionis.

2. Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi hæredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.

TRADUCCION.

Circunstancia propia de la sustitucion pupilar.

Asi pues en la sustitucion pupilar segun el modo dicho hay en cierta manera dos testamentos; uno del padre y el otro del hijo, como que este hubiese nombrado heredero por sí mismo; ó mas bien solo hay un testamento de dos causas, esto es, de dos herencias.

COMENTARIO.

Vuelve el emperador al tratado comenzado de la sustitucion pupilar y dice que en ella hay en cierto modo dos testamentos, cuyas palabras no deben entenderse malamente. En efecto, su sentido no es de que en la sustitucion pupilar considerada sola y de por sí haya dos testamentos, lo que seria contradictorio á causa de que en ella se da heredero solamente al pupilo de quien se dice ser testamento, aun cuando lo haya hecho el padre, *l.* 20. *h. t.*, y aquella parte del testamento en que es instituido el mismo impúber ú otro constituye el testamento del padre, no pudiendo de ningun modo llamarse sustitucion pupilar. Dichas palabras deben, pues, entenderse de modo que comprendan tambien la misma institucion del impúber hecha segun la fórmula puesta al principio, lo que demuestran aquellas palabras *ordenada segun el modo dicho*. En este sentido se dice muy bien que hay aqui en cierto modo dos testamentos; uno del padre y otro del hijo, deduciéndose de aqui que debe aguardarse la muerte de entrambos, que son necesarias dos adiciones, *l.* 2. §. 1. *h. t. l.* 11. §. 1. *ad Trebell*; que debe haber dos aberturas de testamento, en caso que las tablas pupilares se hayan sellado separadamente. *l.* 8. *test. quemadmodum aper.*; que el padre puede hacer testamento para sí en

una ocasion; y en otra diferente para su hijo, *l.* 46. §. 1.; que puede hacerlo para sí por escrito y nuncupativamente para su hijo ó vice-versa, *d. l.* 20. *eod. l.* 8. *in fine secundum tab.*; que el sustituto del hijo en caso que este se abstenga no está obligado a satisfacer á los acreedores paternos, *l.* 42. *de adquir. hæred.*, lo que aparece con mayor claridad en la sustitucion del desheredado.

Unum testamentum duarum causarum). Con razon tambien; pero en un sentido diferente se dice que aquí solo hay un testamento, *l.* 2. §. 4. *d. l.* 20. *h. t. l.* 28. *de rebus auct. jud. poss.*; á saber; ya por razon de la causa eficiente por cuanto solo tiene un autor; ya por la causa formal porque solo se requiere una solemnidad, por ejemplo, la suscripcion y sello de siete testigos, *d. l.* 20.; ya por razon de la validez por cuanto el testamento pupilar no subsiste por sí solo, sino que es una accesion del paterno, roto, rescindido ó hecho irrito el cual, se invalida tambien aquel, *d. l.* 2. §. 4. *l.* 10. §. 5. *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 11. *test. quemad. aper.* §. 5. *inf. h. t.* De ahí es que de las tablas del padre y del hijo solo se deduce un cuarta falcidia, *l.* 11. §. 5. *ad. leg. Fal.*; que el derecho de acrecer tiene lugar entre los unidos en la cosa, *l.* 54. §. 10. *de lega.* 1., y otras cosas semejantes. Véase á Hotomano quien ha tratado todo esto detenidamente.

TEXTO.

Alia forma substituendi pupillariter.

3. Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius suus pupillus adhuc, ex eo quod palam substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, et in primis testamenti partibus ordinare debet; illam autem substitutionem, per quam si hæres extiterit pupillus, et intra pubertatem decesserit substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino propriatque cera consignare: et in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio et adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque hæredem instituisset; quamvis pupillo hoc periculosum sit.

TRADUCCION.

Otro modo de sustituir pupilarmente.

Si, empero, hubiere alguno tan receloso, que tema que su hijo vivo aun, por el hecho de haber recibido públicamente sustituto esté despues de su muerte espuesto á asechanzas, debe hacer públicamente en la primera parte del testamento la sustitucion vulgar, pero aquella por la que es llamado el sustituto en el caso en que el pupilo fuere heredero y muriere dentro de la pubertad debe escribirla por separado en la última parte, envolviendo esta en un lienzo propio en tablas separadas, disponiendo en la primera parte del testamento que las últimas tablas no se abran durante la vida é impubertad del hijo (a). Es sabido que la sustitucion del hijo impúber no deja de valer porque se haya escrito en las mismas tablas en las que uno nombró heredero para sí aunque esto sea peligroso al pupilo.

NOTAS.

3. *Proprio lino*). Véase mas abajo en el comentario. En la *l. ult. de fideicom. lib. l.* 8. §. *ult. sec. tab.* se hallan varios ejemplos de la sustitucion pupilar hecha en la última parte del testamento.

In priore parte cavere). Aun cuando no lo haya dispuesto expresamente se entiende haberlo querido, si se hizo por separado el testamento del pupilo, *l.* 8. *test. quemad. aper.*

COMENTARIO.

Como que esta sustitucion parece peligrosa al pupilo se da en este lugar un consejo á los padres para que la escriban en la última parte del testamento, sellándola por separado y disponiendo que no sea abierta durante la vida é impubertad del hijo.

Periculo insidiarum subjaciat). La sustitucion vulgar raras veces es peligrosa á los hijos impúberes porque una vez adida la herencia pierde toda esperanza de suceder el sustituto. Puede, con todo, dar tambien márgen á asechanzas. En Ciceron en la oracion *pro Cluentio cap.* 11. leemos que una mujer llamada Milesia procuró el aborto tomando ciertos medicamentos, habiendo sido corrompida por una cantidad de dinero que le dieron los segundos herederos, de cuyo caso hace mencion Trifonino, *l.* 39. *de pœn.* Con todo, es mas temible este peligro del sustituto pupilar si despues de muerto el padre, custodio del niño supiere que es sustituto de este; pues en semejante caso hay mayor ocasion de armar asechanzas al pupilo y de quitarlo de enmedio antes de llegar á la pubertad. Semejante maldad cometió aquel tutor á quien Sergio Galba condenó al suplicio de la cruz por haber envenenado á un pupilo de quien era sustituto, Suetonio *in Galba cap.* 9. Tal es comunmente la malvada condicion de los hombres que por la esperanza de una opulenta he-

(b) L. 6 tit. 5. P. 6.

rencia ú otro semejante lucro que saben de cierto que han de percibir despues de la muerte de alguno se inclinan fácilmente á procurar la muerte de este. Bien sabido es aquello que Persiano sátira 2. *ver.* 12. dice del malvado enemigo de un pupilo de quien era sustituto:

Pupillumve utinam, quem proximus hæres
Impello expungam.

Y aquello de Horacio *l.* 2. *satir* 5. *v.* 48.

Arrepe officiosus, et ut scribere secundus
Hæres ut si quis casus puerum egerit Orco
In vacuum venias.

Primis testamenti partibus). Las tablas de un testamento pueden dividirse en varias partes, y cada una de ellas sellarse separadamente, de suerte que las primeras puedan fácilmente abrirse sin necesidad de abrirse las segundas. La primera parte del testamento la llama Horacio *d. sátira* 5. *v.* 53. *y sig. prima cera* á la misma manera que Tranquilo *in Julio cap.* 83.: la última parte se llama *prima cera*. Ciceron *Ver.* 3 la llama *extrema cera codicis*. Debe para entenderse esto recordarse que los antiguos romanos acostumbraban á escribir en tablas encerradas, aunque algunas veces empleaban tambien pergamino ú otras materias, §. 12. *sup. de test. ord.*

Separatim in inferioribus partibus). Hállanse ejemplos de la sustitucion pupilar hecha en la última parte del testamento en Marcelo, *l. ult. de fideicom. lib.*, en Paulo *l. ult. ad S. C. Treb.* y en Ulp. *l.* 8. *testam. quemadmodum aperiantar*, en cuyo lugar dice tambien el jurisconsulto que el pretor no permitia abrir sin conocimiento de causa las tablas pupilares que el testador dejó separadamente, aunque no hubiese espresamente dispuesto que no se abrieran, y esto á causa de que el pretor considera que no puede ser esto útil de ningun modo al pupilo.

Proprio lino). Da á entender con esto que las tablas del testamento deben atarse y envolverse con un hilo diferente, para que cortado este puedan aquellas abrirse por separado. Del hilo con que se atan las tablas se hace mencion en muchas partes, *l.* 28. §. 1. *de lib. leg. l. pen. C. de test.* Luciano *in Timone* y Suetonio *in Nerone cap.* 17. *Cayo* 2. *inst.* 4. §. 3. se expresa asi acerca de esta precaucion: ***Mas la sustitucion pupilar debe ser secreta de tal modo que no pueda llegar á noticia del sustituto para que este no trame algunas asechanzas contra la vida del pupilo; pues debe hacerse en la última página del testamento de modo que aquella parte en que está escrita la sustitucion pupilar quede sellada hasta que el pupilo llegue á la pubertad, y se abra la primera parte del testamento en que se halla escrito el heredero.***

Cavere ne inferiores tabulæ apireantur). Muchas veces el padre prohibia que se abriesen las tablas pupilares, *l.* 3. *C. quem. test. ap.*, ó se consideraba que lo habia prohibido, si las habia dejado por separado, *l.* 8. *ff. eod.* Tal vez se diga que de nada sirve el valerse de esta precaucion puesto que el que es nombrado por el padre sustituto vulgar del impúber se entiende tambien sustituto pupilar del mismo segun la constitucion del emperador Marco, *l.* 4. *h. t.* En efecto, hecha públicamente la sustitucion vulgar se viene á dar en el mismo inconveniente aun cuando se oculte la otra, por cuanto el sustituto no puede ignorar que despues de muerto el impúber será su heredero en virtud de la sustitucion pupilar tácita. Mas á esto se responde fácilmente, diciendo que solo en virtud de una conjetura de la voluntad se ha introducido que en la sustitucion vulgar expresa venga tácitamente comprendida la pupilar; pero que sucede otra cosa cuando la voluntad del testador es manifiestamente contraria, *d. l.* 4. §. 2. *l.* 4. *C. eod.*; pues las conjeturas y presunciones nunca tienen lugar cuando la cosa es clara y manifiesta la voluntad, *l.* 137. §. 1. *in fin. de verb. obl.* Por lo que, apareciendo en el caso propuesto de la primera parte del testamento, que el testador ha nombrado expresamente en la última un sustituto al hijo, y cuya última parte ha prohibido abrir durante la vida é impubertad del hijo, nada de cierto puede prometerse la sustitucion acerca de la sucesion del mismo, pues no puede saber si ha sido el ú otro el nombrado sustituto para el segundo caso.

Non ideo minus valere). Asi que Justiniano no manda aqui, sino que persuade. Es esto un consejo, no un precepto, y segun dicen los griegos οὐ νόμος ἀλλὰ παραίνεσις, esto es: no es una ley, sino un consejo. Ni deja de valer la sustitucion pupilar porque se haya hecho en las mismas tablas en que el testador nombró su heredero. Aun mas; puede el padre testar para sí por escrito, y nuncupativamente para su hijo impúber, *l.* 8. *in fin sec. tab. l.* 20. §. 1. *h. t.*

TEXTO.

Quibus substituitur.

4. Non solum tamen hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si hæredes eis extiterint, et ante pubertatem mortui fuerint, sit hæres eis is, quem ipsi voluerint, sed etiam exhæredatis. Itaque eo casu si quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel hæredum institutorum, vel exhæredatarum, eadem etiam de posthumis intelligimus.

TRADUCCION.

A quienes se sustituye.

No solo, empero, pueden los padres sustituir de este modo á sus descendientes impúberes instituidos herederos, de modo que si fueren sus herederos y murieren antes de la pubertad sea heredero de los mismos aquel que ellos hubieren nombrado sino tambien á los desheredados. Así que, si en este caso el pupilo desheredado hubiere adquirido alguna cosa en virtud de herencias, legados ó donaciones de sus parientes ó amigos, todo ello pertenecerá al sustituto (a). *Lo mismo que dijimos de la sustitucion de los impúberes, ya sean instituidos herederos, ya desheredados, entendemos tambien dicho de los póstumos.*

NOTAS.

4. *Sed etiam exhæredatis*): *L.* 2. §. 2. *l.* 10. §. 5. *h. t.* Ulp. *tit.* 23. §. 7. Porque el padre no nombra sustituto para sus bienes, sino para los del impúber, y esto por derecho de potestad, *d. l.* 10. §. 5. en virtud del cual nombra tambien tutor, *l.* 4. *de test. tut.* La fórmula es esta: *Sea heredero Ticio: Desheredo á mi hijo: Si mi hijo muriere durante la impubertad sea su heredero Sempronio.*

Ex hæreditatibus, legatisve etc). *D. l.* 10. §. 5. Con todo, no puede el padre gravar con legados al desheredado, *l.* 41. §. 1. *h. t.*, ni tampoco á su sustituto, *l.* 41. §. 3. *de test. mil.* El legado es un gravámen pero no lo es el tener heredero.

Etiam de posthumis). *L.* 2. *eod.* De ello hay ejemplos en la *l.* 47. *h. t.* y en la *l. ult. C. de inst. et subst.*

COMENTARIO.

1. *Fórmula de la sustitucion pupilar de un desheredado.*
2. *En los códigos vulgares se puntúa malamente la l.* 41. §. 4. de test. mil
3. *El padre no puede gravar con legados al hijo desheredado su sustituto.*
4. *Si la desheredacion extingue el derecho de sustituir?*

(a) L. 6. tit. 5. P. 6.

Sed etiam ex hæredatis). No dice preteridos, porque entónces el testamento del padre seria nulo *ipso jure l.* 1. *de injust. rupt. l.* 30. *de lib. et posth.* A los desheredados, empero, puede substituirseles, *l.* 1. §. 2. *l.* 10. §. 5. *h. t.*, pues el derecho de sustituir lo propio que el de dar tutores no nace de la institucion, sino de la patria potestad, puesto que no nombra sustituto el padre para sus bienes, sino para los del impúber, de cuyo argumento se sirve Ulpiniano en *d. l.* 10. §. 5. Por lo que, aunque hoy dia no adquiere el padre la propiedad de los bienes adventicios, no por ello deja de poder sustituir al hijo desheredado. Ni se le hace á este ninguna injuria dándole heredero, por cuanto se considera que es útil al mismo pupilo, *l.* 42. *de acq. hær. l.* 6. *in. pr. de inter. in. jur.*

1. Pero en qué términos ha de concebirse esta sustitucion? No podemos emplear la misma fórmula de que nos valemos en la otra sustitucion del hijo instituido, á saber: *Si fuere heredero y muriere antes de la pubertad.* Solo, pues, deberá expresarse la última parte de esta condicion de este modo: *Ticio sea heredero. Desheredo á mi hijo. Si mi hijo muriere durante la impubertad sea su heredero Sempronio.* De esto aparece que no hay aqui ninguna verdadera sustitucion, ni aun fingida, segun adverti al principio de este titulo. VINN. Esto mismo confirma nuestra opinion de que esta testamentificacion proviene de la ley de las doce Tablas; pues aunque esta substitucion no puede decirse vulgar ni pupilar, con todo, los romanos creyeron deber admitirla, porque tambien de este modo testa el padre familias acerca de los bienes de su cosa. HEIN.

2. *Pupillo ex hæreditatibus legatisve*). Pues segun se ha dicho poco há el testador no nombra sustituto para sus bienes sino para los del impúber. Indujo aquí á error á muchos el modo vicioso de leerse en la *l.* 41. §. 4. *de test. mil.*, pues dicho lugar se lee en los códigos vulgares de este modo: *Exhæredato miles et emancipato filio substituere potest. Verum hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerunt, non etiam in his quæ habuerit, vel postea acquisierit.* Si pues, el sustituto dado por el militar al hijo desheredado solo adquiere aquello que este tiene proveniente del testador, nada mas deberá concedérsele

si fuere nombrado por un pagano. Sin embargo, la razon del derecho exige absolutamente lo contrario, y semejante respuesta, si se lee de dicho modo, será en extremo absurda. Habiendo Viglio advertido esto, se atrevió, aunque sin estar apoyado en la autoridad de ningun código á puntuar dicho lugar de otra manera, y á trasladar al final del párrafo anterior la palabra *exhæredato*, cuya correccion de este varon doctísimo se halló despues confirmada por la autoridad del código Pisano.

3. *Ad substitutum pertinebit*). Está, pues, ciertamente establecido que puede tambien el padre sustituir al hijo impúber desheredado, y que en virtud de dicha sustitucion todos los bienes de este pertenecen al sustituto. Mas con este motivo se han preguntado dos cosas: primera, si del mismo modo que el padre puede sustituir al desheredado, así tambien puede gravarle con algun legado ó fideicomiso; y segunda, si puede esto hacerse respecto del sustituto del desheredado. Por lo que hace á lo primero, no puede el padre imponer un legado ó fideicomiso al hijo que desheredó, *l.* 41. §. 3. *h. t.* (a); pues la razon de la sustitucion es diferente de la de los legados y fideicomisos. Estos son unas cargas, y por consiguiente no pueden imponerse á otros que á aquellos á quienes honró el difunto, y tan solo á proporcion de lo dejado, *d. l.* 41. §. 3. *l.* 1. §. 6. *de leg.* 3. *l.* 9. *C. de fideic.* La sustitucion, empero, no encierra ningun gravámen, (pues no lo es el tener heredero) sino que es una disposicion útil al mismo pupilo. Segun esto podrá ya deducirse lo que deberemos decir acerca de la otra cuestion, pues si al desheredado no puede gravársele con legados, tampoco podrá hacerse esto con el sustituto del mismo (b); por cuanto la razon no permite que el testador tenga un derecho mayor en la persona del sustituto que en la de aquel á quien sustituye, *l.* 87. §. 7. *vers. dicet aliquis ad leg. Falc. l.* 126. *de leg.* 1. No obstante, así como puede el padre imponer un fideicomiso al hijo desheredado á quien dejó un legado ó fideicomiso, *d. l.* 41. §. 3., así tambien podrá en este caso imponerlo á su sustituto, si se atiende á la razon del derecho, *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. Con todo, Justiniano estableció lo contrario en odio á la desheredacion, *l.* 24. *C. de leg.* segun observó muy bien Viglio (c). Ni antiguamente, advirtiendo esto de paso, podia legarse por medio del sustituto del desheredado, por mas que este hubiese recibido de su padre un legado cuantioso, *l.* 41. §. 3. *de test. mil.*; y esto á causa de que segun la razon del derecho antiguo los legados no podian dejarse por medio del legatario ó su heredero, aunque si los fideicomisos, *inf. de sig. reb. per fid. rel. in pr. d. l.* 5. §. 1. *de leg.* 3.

4. *Eadem etiam de posthumis intelligimus*) Reservamos para otro lugar la cuestion de si hoy despues de la *Nov.* 115. *cap.* 3. puede ser desheredado el póstumo, y por consecuencia la otra de si una vez desheredado puede dársele sustituto. Aquí indagaremos detenidamente si es cierto lo que algunos piensan de que por la desheredacion se extingue el derecho de suidad; pues si es así se destruye toda la doctrina de este párrafo, toda vez que tan solo puede sustituirse á los herederos suyos, *l.* 2. *in pr. h. t.* Que es cierto parece probarse con estos argumentos. 1.° Si los desheredados ni tan solo son herederos, malamente podrán llamarse herederos suyos, puesto que en una cosa que no existe no tiene cualidad ninguna. Que no son herederos, empero, lo atestigua el jurisconsulto, *l.* 1. §. *pen de suis et leg.*, y la razon del derecho es manifiesta, pues que ni por testamento, ni por la ley se les defiere la herencia segun demostramos con mas extension en el §. 7. *inf. de hær. quæ ab int.* 2.° No puede contarse entre los herederos suyos aquel que se considera como muerto, y así sucede con el desheredado, *l.* 1. §. 5. *de conj. cum. eman. lib.* 3.° En la *l.* 9. §. 2. *de lib. et posth.* se dice que por la desheredacion se destruye el derecho de heredero suyo. Por el contrario, que la suidad no se extingue por la desheredacion se prueba claramente con dos argumentos. Uno de ellos se saca de la definicion, pues si son herederos suyos todos los descendientes del difunto que al tiempo en que este muere están en su patria potestad, y tiene el primer grado en su familia, no puede en dicho tiempo dejar de contarse entre los tales herederos el hijo desheredado, á no ser que digamos que por la desheredacion se extinguió la patria potestad, lo que es inaudito. Ni se objeta que el derecho de suidad no se deduce tan solo de la circunstancia de estar alguno en la patria potestad y de obtener el primer grado en la familia, sino tambien y principalmente de la sucesion, de la cual es excluido el desheredado; pues que mientras vive el padre no produce la desheredacion ningun efecto, y aun despues de muerto, puede la misma anularse por quedar desti-

(a) Arg. l. 3. tit. 9. P. 6. vers. *Fueras ende* y sig.
(b) L. 3 tit. 9. P. 6.
(c) L. 3. tit. 9. P. 6.

tuido el testamento del padre, ó por ser rescindido por la querella inoficiosa, *l.* 20. *in pr. cont. tab.*, de suerte que no puede decirse que el derecho que el hijo tiene de heredero suyo se hubiese extinguido por la desheredacion. El otro argumento se toma de los efectos propios de la suidad. Primero, de que segun se nos enseña en este párrafo puede el padre sustituir pupilarmente al desheredado; empero es sabido que debe ser heredero suyo aquel á quien se sustituye de este modo, *l.* 2. *h. t.* Segundo, de que á pesar de que no puede darse tutor en testamento sino á aquel que esta entre los herederos suyos al tiempo de morir el testador, *l.* 73. §. 1 *de reg. jur.*, se puede dar con todo al desheredado, *l. 4. de test. tut.* Tercero, de que la persona del hijo desheredado impide al nieto que se haga heredero suyo del abuelo, y que siendo preterido rompa cuasi naciendo el testamento del abuelo, *l.* 6. *in prin. de inj. rup. test. l.* 7. *unde lib.*; pues si por la desheredacion se extinguiese el derecho de suidad el nieto ocuparia desde luego el lugar de su padre, y sucediendo como heredero suyo romperia el testamento del abuelo á la manera que lo rompe aquel cuyo padre ha muerto ó ha sido emancipado, §. 2. *sup. de exh. lib. l.* 13. *de injust. rupt.* Finalmente, tambien es uno de los efectos del derecho de suidad el que desheredado el hijo que está en la patria potestad, no se requiere la posesion de bienes ni la adicion de la herencia para transmitir la querella. Porqué, empero, no se considera que haya preparado el pleito el hijo emancipado á no ser que haya hecho esto? *l.* 7. *de inoff. test.* Ni es muy dificil la solucion de los dos argumentos con los que dijimos que parecia probarse que por la desheredacion se extinguia el derecho de suidad. En efecto, lo que Ulpiano en *d. l.* 1. §. 5. *de conj. cum. eman. lib.* dice que el padre desheredado se considera como muerto, si bien es verdad no lo es, empero, *simpliciter*, sino por lo que respecta á aquel edicto de que habla; á saber, para que el padre emancipado y desheredado no impida que el nieto retenido en la patria potestad y preterido pueda pedir el solo la posesion de bienes *contra tabulas*, ó conseguir la mitad de los bienes si concurre con un tio paterno, cuando si el padre no hubiese sido desheredado en virtud del edicto se uniria con el hijo. Del mismo modo puede responderse á *d. l.* 9. §. 2. *de lib. et post.* que en ella se dice haberse extinguido el derecho del hijo comparativamente, á saber, respecto de aquel que está en poder de los enemigos, todos los derechos del cual están en suspenso á causa de la esperanza del postliminio. O bien, si se prefiere la correccion de Ant. Fabro, 10. *conj.* 12., en vez de las palabras *filii jus* puede leerse *illius jus*, de modo que se refiera esto al nieto, cuyo derecho se extingue del todo por la desheredacion del padre en tanto que ni aun cuando muera antes de la adicion de la herencia es admitido el padre á la sucesion del abuelo; *d. l.* 9. §. 2. *d. l.* 6. *de inj. rupt. test. l.* 7. *unde lib.*; cuya correccion es tanto mas probable cuanto que asi tiene lo que dice el jurisconsulto mejor sentido, y ademas por la mucha variedad que hay en el modo de leerse el referido lugar, como puede verse en Acursio, Bartolo, Alciato, y en la edicion de Roberto Steph. Mayor dificultad ofrece el primer argumento que propusimos, puesto que siendo cierto que el desheredado no es heredero de su padre al tiempo de morir este, es consiguiente que tampoco sea heredero suyo en dicho tiempo; de otra suerte necesariamente y por la sola potestad del derecho seria heredero desde luego é impediria al instituido que directamente y por derecho civil pudiese adquirir la herencia, *arg. l. ult. de acq. hær.*; lo que aparece ser falso de *d. l.* 6. *in pr. de inj. rupt. test. l.* 20. *de bod. poss. cont. tab.* Por lo que, pienso que debe decirse que durante la vida del padre, como que este puede mudar el testamento, la desheredacion no impide que el hijo desheredado sea contado entre los herederos suyos, y que por lo tanto impide que los nietos de él nacidos entre en su lugar y grado. Y aun despues de la muerte del padre, mientras que puede sucedérsele *ab intestato* se considera interinamente como suyo por cuanto rescindido ó destituido el testamento del padre, es heredero suyo de este lo mismo que si no hubiese habido desheredacion ninguna, *d. l.* 20. *cont. tab. l.* 8. §. *pen. de inoff. test.* Pero desde luego que la desheredacion ha sido confirmada por la adicion de la herencia, ya no puede considerarse entónces como suyo, pues es cierto que ni ha sido heredero suyo de su padre, ni puede serlo *d. l.* 1. §. *pen. de suis. et leg.* Véase á Gomez 1. *resol.* 11. *n.* 9.

TEXTO.

Pupillare testamentum sequela paterni.

8. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi faciat; nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

TRADUCCION.

El testamento pupilar es una accesion del paterno.

Nadie, empero, puede hacer testamento para sus descendientes á no ser que tambien lo haga para sí, pues el testamento pupilar es una parte y accesion del paterno, en tanto que si no vale el testamento del padre, tampoco valdrá el del hijo (a).

NOTAS.

5. *Nisi et sibi faciat*). *D. l.* 2. §. 1. Aun mas: no valdrá á no ser que primeramente lo haga para sí, y despues para su hijo, no pudiendo invertir el órden y empezar por el testamento de este, *d. l.* 2. §. 4. *y ult.* Entiéndase esto, empero, si instituyere heredero y sustituyere á su hijo en diversos tiempos y en testamentos distintos, como puede hacerlo, *l.* 16. §. 1. *l.* 20. §. 1. *eod.*; pero si hiciere estos dos actos en un mismo tiempo y contexto puede invertir el órden; por ejemplo si dijere: *Si mi hijo muriere antes de la pubertad sea heredero Seyo: Sea heredero mi hijo*, *d. l.* 3. §. 5.

Nec filii valebit). La razon de esto se hallará en la *l.* 129. §. 2. *l.* 178. *de reg. jur. c.* 42. *in* 6. Con todo, pienso que hoy dia no se invalidaria el testamento pupilar aun cuando el desheredado lo hubiere rescindido por la querella del padre, segun la *Nov.* 115. *c.* 3. *al fin.*

COMENTARIO.

1. *El padre debe primeramente hacer testamento para sí y luego para su hijo, sin que pueda empezar por el de este, á no ser que los haga entrambos juntamente y á un mismo tiempo.*
2. *Anulándose el testamento del padre, se anula ó destruye tambien el del hijo.*
3. *Por qué razon cuando el testamento del padre es rescindido por medio de la querella se invalida la sustitucion pupilar, y no así cuando se pide la posesion de bienes contra tabulas?*
4. *Por derecho novísimo subsiste la sustitucion pupilar aun cuando se haya rescindido el testamento del padre por medio de la querella.*

Puede el padre despues de haber hecho su testamento, hacerlo en otro tiempo para su hijo, *l.* 16. §. 1. *s. h. t.*; ó bien para sí por escrito, y nuncupativamente para su hijo y viceversa, *l.* 20. *eod.*; y ó instituyendo á su hijo, ó desheredándolo. Sin embargo, es absolutamente necesario que nombre heredero para sí aquel que quiere nombrarlo para su hijo, *l.* 2. §. 1. *eod.*; pues ha parecido ageno de razon que aquel, que quiere morir intestado, nombre heredero testamentario para su hijo; habiéndose concedido, que pueda mirar en este punto para la utilidad del hijo impúber, tan solamente al padre que hace testamento para sí. De aquí se deduce que el testamento del padre es lo principal, y el del hijo un accesorio y apéndice del paterno, y que por consiguiente el del hijo no puede subsistir sin el del padre segun aquella vulgarísima regla de derecho, *l.* 129. §. 1. *de reg. jur. c.* 42. *in* 6. Con todo, solo se observa esto en los testamentos de los paganos, pues al militar le está concedido por privilegio que pueda nombrar heredero para su hijo, aun cuando no lo nombre para sí, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 15. §. *pen. de test. mil.*

1. *Nisi et sibi faciat*). Y no solo esto sino que debe hacer primero el suyo y en seguida el de su hijo, sin que invirtiendo el órden pueda empezar por el de este, *d. l.* 2. §. 4. *y ult.*, puesto que el órden natural exige que preceda lo principal, á lo cual queremos agregar algo que por sí no puede subsistir. El testamento del hijo, empero, es una secuela y accesion del paterno, y tan dependiente de él que sin el mismo no puede subsistir. Con razon, pues, se confirmó por un rescripto imperial la decision de Juliano de que el padre debe nombrar primeramente heredero para sí y luego para su hijo, sin que pueda invertir este órden y empezar por el del hijo, *d. l.* 2. §. 4. Ni debe darse oidos á Goveano, quien en el *lib.* 1. *var. lect.* 8. *in d.* §. 4. pone *improbata* en vez de *comprobata*, moviéndole á ello la razon que en seguida da Ulpiano, á saber, porque es un solo testamento; pues esta razon lejos de destruir la opinion de Juliano, segun cree Goveano, la confirma. En efecto, podria objetarse que hay aqui dos testamentos, uno del padre y otro del hijo, §. 2. *sub. eod.* y que por consiguiente puede empezarse por cualquiera de ellos. A esta objecion contesta tácitamente Ulpiano dando á entender que si en realidad hubiese dos testamentos, fácilmente concederia que nada importa por cual de ellos se empiece; pero como que solo hay un testamento, que aunque tiene dos partes la una de ellas, á saber, aquella en que se nombra heredero para el hijo, depende de la otra; esto es, de la en que se instituye heredero para el padre, la razon exige que vaya antes la parte que es principal, y que siga la otra que depende de la primera y que sin ella no puede subsistir. Y así se observa, si el padre en diferentes tiempos y en testamentos distintos nombrare heredero

(a). Arg. l. 10. tit. 5. P. 6. al fin.

ra sí y sustituyere á su hijo; pero si hiciere entrambos testamentos juntamente y en un mismo tiempo, valdrá la sustitucion, aun cuando, invirtiendo el órden, se haya hecho primero el testamento del hijo; por ejemplo, si uno hubiere dicho: *Si mi hijo muriere antes de llegar á la pubertad sea heredero Seyo: Sea heredero mi hijo*, *d. l.* 2. §. 5.; y con razon, pues en las conjunciones no se observa órden ninguno, no habiendo ninguna diferencia entre que una cosa se escriba antes ó despues segun Alfeno, *l.* 14. *de pecul. leg.* 28. *de hær. test.*

2. *Nec filii quidem valebit*). Pues segun se ha dicho, cuando no subsiste lo principal, tampoco puede subsistir lo que hace las veces de accesorio, *l.* 129. §. 1. *l.* 178. *de reg. jur. c.* 42. *eod. in* 6. De ahí es que no solo son nulas las tablas pupilares desde un principio, cuando desde un principio tambien es nulo el testamento del padre; sino que tambien se invalidan, si el testamento bien hecho del padre despues se invalidare (a), por ejemplo, rompiéndose por el nacimiento ó cuasi de un heredero suyo, *l.* 2. *in pr. h. t.*, ó rescindiéndose todo él por inoficioso, *l.* 8. §. 5. *in fin. de inoff. test.*, ó haciéndose irrito por la capitis diminucion del testador, ó por no adirse la herencia en virtud del testamento, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 10. §. 4. *eod.* Sin embargo, si en el testamento del padre ha sido instituido un heredero suyo, por ejemplo el mismo pupilo, solo se requiere para la confirmacion del testamento que sobreviva á su padre, aun cuando se abstenga; pues que la nuda existencia del heredero suyo produce el efecto de confirmar las tablas pupilares, *l.* 12. *h. t.*, sobre lo que nos extendimos mas *al pr. de este tit.*

3. Alguno tal vez extrañará el que invalidándose la sustitucion pupilar por la rescision del testamento por medio de la querella, valga con todo cuando habiendo sido preterido el hijo se pide la posesion de bienes *contra tabulas*, *l.* 34. *in fin. y l. sig. eod.*; pues que el testamento no se rescinde menos por esta causa y queda el difunto no menos intestado que por la querella inoficiosa, *l.* 17. *C. de collat.* Yo pienso que esto nace de que la querella inoficiosa se funda en el pretexto de que el testador no estaba en su sano entendimiento al tiempo de hacer el testamento, *l.* 2. *l.* 15. *de inoff. test.*, de modo que por consiguiente, rescindido este, deba considerarse todo lo mismo que si se hubiese anulado el testamento como hecho por uno que no tenia la testamentifaccion, en cuyo caso nada vale en virtud de semejante testamento, *l.* 8. §. *pen. l.* 28. *d. t.* La posesion de bienes *contra tabulas*, empero, no se pide ni concede bajo este pretexto. Además hay tambien la circunstancia de que los remedios pretorios no producen mas efecto que el que quiere el pretor, *l.* 52. *de verb. obl.*; y siendo del cuidado del pretor el limitar sus beneficios de modo que quite lo menos posible del derecho civil, y principalmente que no perjudique á nadie, es creible que por esta causa no quiso hacer extensiva la fuerza de su remedio á las tablas pupilares para que, al paso que favorece á otros, no perjudique al pupilo. Agréguese á esto que ni el mismo pretor tiene por nulo el testamento contra el cual promete la posesion de bienes, pues que, si estuviere sellado por siete testigos, da tambien la posesion de bienes *secundum tabulas* á los herederos en él escritos; á saber, si los descendientes, quienes son siempre preferidos no la piden, *l.* 2. *in pr. sec. tab.* Así que, no es de extrañar que quede subsistente la sustitucion pupilar que en nada se opone al edicto del pretor; sobre lo cual véase lo que dijimos mas arriba en el *tit. de ex hær. liber.*

4. Actualmente, segun la novela de Justiniano, aun cuando el testamento hubiere sido impugnado por la querella inoficiosa, quedará subsistente la sustitucion pupilar, á la manera que lo quedan los legados y demás capítulos, excepto la institucion, *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.* de donde está sacada la *auth. ex causa. C. de lib. præt.* No ignoro que Dyno y Pedro de Bellaperta pretendieron que en virtud de esta nueva ley, en caso de ser rescindido el testamento, solo quedaba subsistente aquello que no exige la institucion de heredero, como son los legados, fideicomisos, libertades, y nombramientos de tutores; pero no aquellas cosas que exigen este requisito tal como es la sustitucion pupilar; como tampoco que Covarrubias es del mismo parecer, *cap. Raynut.* §. 6. *núm.* 3. Sin embargo, á mi me parece que Justiniano no añadió á su novela aquellas palabras *y los otros capítulos*, sino con el objeto de comprenderlo todo, excepto la institucion; y aunque la sustitucion pupilar es tambien una institucion, con todo, es claro que por la institucion que allí se manda ser irrita, se entiende la institucion primera, á saber aquella por la cual el padre nombra heredero para sí, y no la en que lo nombra para su hijo, la cual tan solo es una parte y secuela del testamento paterno. Por último, es útil al pupilo que quede subsistente la sustitucion, por cuya causa ni antigu-

mente se anulaba cuando el testamento del padre se destruia por la posesion de bienes *contra tabulas*, *l. 34. in fin. l. seq. h. t.*

« En España quedará subsistente la sustitucion pupilar aun cuando el testamento « del padre se rescinda por la queja inoficiosa, porque aunque en la *l. ult. tit.* 8. *P.* « 6. solo se diga que quedan subsistentes los « legados y libertades, con todo, en la *l.* 11. « *tit.* 7. *P.* 6. *al fin.* se hace mencion de lo « demás que se expresa en *d. aut. Ex causa.* « Sucederá esto con mayoría de razon ac- « tualmente que para la validez del testa- « mento no se requiere la institucion de he- « redero, *l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Nov. Rec.*, cuya « rescision, que tiene lugar por la querella, « podria ser la única causa de invalidar la « sustitucion pupilar.»

TEXTO.

Quot liberis substituitur.

6. Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.

TRADUCCION.

A cuantos descendientes se substituye.

Puede sustituirse ó á cada uno de los descendientes, ó á aquel que morirá el último siendo impúber. A cada uno de ellos, si se quisiere que ninguno de los mismos muera intestado: al último, si se quisiere que entre ellos se guarde íntegro el derecho de las sucesiones legítimas.

COMENTARIO.

1. *Si tiene lugar lo dispuesto en este §. aun despues que la madre ha sido llamada á la sucesion legítima del difunto en union con los hermanos de este?*
2. *Si puede á lo menos con el objeto de excluir á la madre, decirse que los hermanos han sido recíprocamente sustituidos por via de fideicomiso?*

Si aquel que tiene muchos descendientes impúberes no quiere que ninguno de ellos muera intestado puede dar los sustitutos que quisiere á cada uno de ellos, ó bien sustituirlos recíprocamente, dando un sustituto al último que muriere siendo impúber, *l.* 25. *h. t.* Pero si solo sustituye á uno, este solo morirá testado y los demás intestados; por lo que, si únicamente sustituyera al último que morirá, se entiende haber querido conservar entre los hermanos el derecho de la sucesion legítima, *l. 37. eod.*, de la cual está sacado este §.

Intestatum decedere). Adviértase que tambien se dice de los impúberes que mueren intestados por mas que no puedan hacer testamento; de la misma manera que se dice que mueren testados cuando el padre hace testamento por ellos. Mas abajo al principio del *tit.* 1. *lib.* 3. tratamos de si se atribuye con propiedad la palabra intestado á los impúberos, furiosos y otras personas semejantes, de modo que las leyes que hablan de la sucesion intestada deban pertenecer tambien á dichas personas.

1. *Jus legitimarum hæreditatum*). Pues que respecto de los demás, como que el padre no les ha hecho testamento, ni ellos pueden hacerlo por sí durante la edad pupilar, necesariamente sucede que las herencias de los hermanos impúberos premuertos vayan en virtud de la ley de las doce tablas á los que sobreviven; todos los bienes de los cuales reunidos en la herencia del muerto últimamente los adquiere el sustituto de este. De ahi es que se suscita la cuestion de si hoy dia despues que por la *Nov.* 118. *cap.* 2. la madre del difunto es llamada á la sucesion legítima en union con los hermanos del mismo, y que por consiguiente únicamente excluye á los hermanos consanguíneos, si no obstante adquirirá el sustituto en el caso propuesto todos los bienes del muerto últimamente, ó tendrá la madre una parte de ellos, de suerte que el sustituto solo lleve aquellos que habria el impúber adquirido por la muerte de sus hermanos en caso de no haberse hecho ninguna sustitucion? Lo primero no podemos decirlo, á no ser que supongamos que la sustitucion hecha para el último pertenece á todos, y que todos ellos están recíprocamente sustituidos, y el último al muerto antes que él; empero esto no lo permite este mismo lugar, pues el emperador dice que cuando tan solo se sustituye al último, se conserva íntegro entre los hermanos el derecho de las sucesiones legítimas; es así que si suponemos aquí una sustitucion recíproca, los que sobrevivieren no serán herederos lejítimos sino testamentarios de los primeramente muertos, y así todos morirán testados. Por consiguiente, deberémos decir que así como antiguamente en el caso propuesto tenia lugar la sucesion legítima entre los hermanos por cuanto eran los únicos llamados por la ley, asi tambien hoy dia desde que la madre ha sido admitida á una con los hermanos del difunto, le quedará salvo el derecho de sucesion legítima, perteneciendo al sustituto tan solo aquello que se encuen-

va en la herencia del último difunto.

2. Pero, dirá tal vez alguno, ¿porqué á lo menos no introducimos aqui un fideicomiso, de modo que si no directa á lo menos fideicomisariamente se consideren los mismos hermanos recíprocamente sustituidos? Así parece haber respondido Paulo en un caso semejante, *l.* 87. §. 2. *de leg.* 2. El caso de que se habla es este: Un testador legó un fundo á Ticio y Mevio y les encargó *que aquel que muriere el último, restituyese al morir dicho fundo á Sempronio*. Responde el jurisconsulto que en este fideicomiso parece que el testador ha hecho dos grados de sustitucion: uno para que aquel que de los dos muriere primero lo restituya al otro, el cual lo deduce de aquellas palabras, *aquel que muriese el último*; y el otro para que el último lo restituya á Sempronio. Este caso, empero, no es semejante al nuestro. Muy bien el jurisconsulto en *d. l.* 87. §. 2. deduce otro fideicomiso de la circunstancia de haber el testador rogado á aquel de los dos á quienes habia legado un fundo, que muriere el último que lo restituya á otro; pues que no se le ruega que restituya tan solo su parte, sino todo el fundo, y por consiguiente tambien la parte del colegatario premuerto. Como esto, empero, no puede verificarlo, ni dar cumplimiento al fideicomiso expreso, á no ser que haya adquirido tambien la parte del colegatario, de ahí se deduce que la voluntad del difunto fué que el primero de los legatarios que muriere restituyere su parte al otro. Mas en nuestro caso no hay ninguna razon por la que debamos introducir además de la sustitucion del último, otra ó un fideicomiso; pues que la sustitucion se supone hecha no para toda la herencia, sino tan solo para los bienes del último sustituido.

TEXTO.

De substitutione nominatim aut generaliter facta.

7. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti, *Titius hæres esto:* aut generaliter, ut *Quisquis mihi hæres erit.* Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui et scripti sunt hæredes, et extiterunt, et pro qua parte hæredes facti sunt.

TRADUCCION.

De la sustitucion hecha expresamente ó en general.

Sustitúyese al impúber, ó expresamente, por ejemplo; Sea heredero Ticio; *ó en general como*: Cualquiera que fuere heredero mio (a). *Con cuyas palabras en caso de morir el hijo impúber, son llamados en virtud de la sustitucion aquellos que son nombrados herederos y que lo fueron, á proporcion de la parte en que han sido instituidos.*

COMENTARIO.

1. *Bajo la fórmula general de la sustitucion solo se entienden llamados aquellos que han sido instituidos herederos expresamente.*
2. *En virtud de la misma fórmula son llamados aquellos que fueron herederos del padre.*
3. *El efecto de dicha fórmula es que los sustitutos consiguen en virtud de la sustitucion las mismas partes que tuvieron en la herencia del padre.*

La sustitucion pupilar ó bien se hace especial y expresamente, por ejemplo de este modo: *Sea heredero mi hijo. Si mi hijo muriere antes de la pubertad sea heredero Seyo*; ó bien en general, como si habiendo el testador nombrado muchos herederos sustituyere á su hijo en estos términos: *Cualquiera que fuere heredero mio séalo tambien de mi hijo impúber.* La sustitucion vulgar no podria hacerse de este modo por cuanto esta fórmula: *Cualquiera que no fuere mi heredero etc.* se extiende al infinito. No son, empero, iguales los efectos de la sustitucion general que los de la especial segun manifestarémos al fin de la explicacion de este párrafo, luego de haber demostrado la fuerza de la cláusula general, ó sea de estas palabras, *cualquiera que fuere mi heredero etc.* que es la única que explica aqui Justiniano.

1. *Qui et scripti sunt hæredes, et extiterunt, et pro qua parte*). Con muy pocas palabras comprende tres efectos de esta cláusula, *cualquiera que fuere mi heredero.* El primero es que con tales palabras solo se entienden llamados aquellos que han sido expresamente instituidos herederos, y nó otros que tal vez por su medio hayan llegado á serlo. Así que, ni el señor que fué heredero por medio del siervo, ni el padre que lo ha sido por medio del hijo son en virtud de esta cláusula admitidos á la sucesion del impúber, puesto que adquirieron la herencia, nó por la voluntad del difunto, sino en fuerza de su potestad señoril ó patria, *l.* 5. *l.* 8. §. 1. *eod.* Por la misma razon tampoco seria admitido el heredero del heredero, *d. l.* 8. §. 1., aunque en otros casos bajo la palabra heredero viene tambien comprendido el sucesor de este, *l.* 65. *l.* 70. *de verb. sing.*, *l.* 194. *de reg. jur.*, *l. ult. C. de hær. inst.*; ni tampoco aquel á quien se ha restituido la herencia en virtud de un fidei-

(a) D. l. 5. tit. 5. P. 6.

comiso, segun manifiesta muy bien Viglio *aqui*. Con todo, lo que dijimos de que el dueño no era admitido debe entenderse del caso en que por sola la consecucion de la herencia del padre pretenda que tambien le pertenece la del pupilo en virtud de la sustitucion, fundándose tan solo en que ya ha adquirido por medio del siervo los bienes del padre; pues no se atiende en poder de quien se halla la herencia de este, sino quien ha sido expresa é inmediatamente llamado por el padre. Por lo que, si el siervo despues de haber adquirido por la institucion la herencia para el dueño, y antes de adirla en virtud de la sustitucion, saliere de su potestad, no podrá el dueño por la sustitucion hacerse heredero del impúber, sino que, ó bien adquirirá el siervo la herencia para sí mismo en caso de haber sido manumitido; ó bien, si ha sido enagenado para el nuevo dueño por cuyo mandato la adiere. Mas si al existir la condicion de la sustitucion pupilar está aun en la potestad del mismo dueño, nada impide que por su mandato ada tambien la herencia en virtud de la sustitucion, y que con este nuevo hecho la adquiera para el mismo, según manifiestan Viglio y Bacovio *aqui*, insiguiendo á J. Fabro y al comun de los Doctores en la *l.* 11. *de leg.* 1. Del mismo modo, si el hijo de familias ha sido emancipado se hará heredero él mismo, y si ha permanecido en la patria potestad hará tal á su padre.

2. Otro efecto de la sustitucion generalmente hecha es que por ella solo son admitidos los que fueron herederos del padre; y por consiguiente, si el heredero instituido hubiere repudiado la herencia paterna, en nada le aprovechará para conseguir la del pupilo el haber sido instituido en el testamento del padre; pues de otra suerte no seria ninguno el efecto de aquellas palabras, *Cualquiera que fuere mi heredero*, *etc.* por cuanto aquellos que son nombrados sustitutos bajo de esta condicion, ya han sido antes instituidos herederos por el testador, *d. l.* 8. *in fin. pr. h. t.*

3. El tercer efecto es que los sustitutos nombrados bajo una fórmula general consiguen por la sustitucion la misma parte de los bienes del pupilo que la que tuvieron de la herencia del mismo padre de familias, *d. l.* 8. §. 1. *in fin.* De modo que tambien tiene lugar aquí la regla dada en el §. 2. *del tit. prec.* de que el testador habia dado en la sustitucion las mismas partes que en la institucion. En la sustitucion hecha expresamente, ó sea en la especial sucede esto todo al contrario; pues en primer lugar no es necesario que aquel que nombrado expresamente sustituto vindica la herencia del pupilo haya sido instituido por el padre. Luego, aun cuando haya sido instituido en una parte, no deja de poder ser admitido en virtud de la sustitucion, aunque haya repudiado la herencia del padre, con tal que ahora las admita entrambas: excepto si se le ha nombrado sustituto bajo la condicion: *Si fuere heredero*, *d. l.* 8. *in pr. l.* 10. §. 5. *eod.* Por fin, los nombrados sustitutos expresamente no suceden en partes hereditarias, esto es, en las que en la sustitucion se han señalado á cada uno, sino en partes iguales por lo que dijimos en el §. 2. *tit. præc.*

TEXTO.

Quomodo substitutio pupillaris finitur?

8. Masculo igitur usque ad quatordecim annos substitui potest: fœminæ usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.

TRADUCCION.

De qué modo se acaba la sustitucion pupilar?

A los varones, pues, puede sustituírseles hasta los catorce años, y á las hembras hasta los doce. Y si pasaren de esta edad se estingue la sustitucion (a).

NOTAS.

8. *Evanescit substitutio*). Aunque se hubiere comprendido un espacio mas largo de tiempo, *l.* 4. *eod.*; aquello empero que se extingue no vale ni por fideicomiso.

COMENTARIO.

1. *La sustitucion pupilar se extingue á los catorce ó doce años cumplidos, aun cuando no se pase de dicha edad.*
2. *Si en caso de haberse expresado un espacio mas largo de tiempo, vale la sustitucion despues de la pubertad como fideicomiso?*
3. *Si se considera como fideicomiso en caso de hacerse la sustitucion solo desde la pubertad?*

Se ha dicho mas arriba que la sustitucion pupilar se ha introducido por la razon de que siendo los hijos de tal edad que no pueden hacer testamento por sí, ha parecido útil y conveniente á los mismos el que los padres lo hagan por ellos. Por lo que, llegando á aquella edad en que ya pueden testar por sí mismos, como que cesa el fin de

(a) L. 10. tit. 5. P. 6.

la sustitucion, con razon se dispuso que se extinguiese; de otra suerte se privaria á un ciudadano romano de la testamentifaccion, lo que seria muy injusto, *l.* 43. *h. t.*

Usque ad quatordecim annos etc.) Los varones llegan á la pubertad á los catorce años, y las mujeres dos años antes, *sup. quib. mod. tut.*, en cuya edad ya pueden hacer testamento por sí mismos, *l.* 5. *qui test fac.* Dice *hasta los catorce años*, con cuyas palabras da á entender que el padre tiene todo el tiempo de la impubertad para sustituir al hijo, siendo la pubertad el límite de esta facultad. Por lo que, si uno, por ejemplo, sustituyere de este modo: *Si mi hijo muriere antes de los diez años, etc.*, y el pupilo llegare á esta edad, se extingue la sustitucion, aunque despues muriere antes de los catorce, *l.* 21. *d. l.* 43. §. 1. *eod.* Pero si al sustituir hubiere excedido los años de la pubertad, se acabará no obstante al llegar esta, la sustitucion, *l.* 14. *eod.*

1. *Si hoc tempus excesserint*). A saber, los hijos varones á quienes se ha sustituido los catorce años, y las hembras los doce, pues el contexto no permite que refiramos estas palabras á los padres que sustituyeron. Lo que dice, empero, *excesserint*, no pienso que debe entenderse como que no baste haber cumplido los doce ó los catorce años, y que no luego de cumplidos, sino tan solo hasta despues de excedidos se extingue la sustitucion, sino que mas bien debe esto explicarse por lo que se dice en aquellos lugares en que se trata de propósito de la edad en que pueden hacer testamento los ciudadanos. Desde luego, empero, que uno empieza á poder hacer testamento, debe acabarse esta sustitucion, puesto que solo se funda en la imposibilidad en que aquellos, para quienes se hace, se hallan de nombrarse herederos. No obstante, Viglio es de otro parecer.

2. *Evanescit*). Aun cuando se hubiere expresado un espacio mas largo de tiempo, *d. l.* 14. *h. t.* Pero en este caso no valdrá la sustitucion despues de la pubertad, á lo menos como fideicomiso? Supóngase que se ha dicho: *Si mi hijo muriere antes de los veinte años sea heredero Ticio.* Es sabido que en virtud de esta sustitucion, puede sucederse directamente al hijo muerto antes de la pubertad, pero no asi, si hubiere muerto despues. Mas se pregunta, si despues de la pubertad vale á lo menos como fideicomiso, de suerte que desde dicho tiempo deba considerarse lo mismo que si se hubiese rogado al hijo que en caso de morir despues de la pubertad antes de los veinte años restituya la herencia del padre al sustituto? La comun opinion, segun Covarrub. *c. Raynut. de test* §. 9. *n.* 29. y otros es que semejante sustitucion acaba por la pubertad de modo que no produzca ya ningun efecto, cuyo parecer tengo por muy verdadero. En efecto, es del todo ageno de razon que una misma sustitucion se considere de diferente modo segun los diversos tiempos, de suerte que antes de la pubertad valga directamente y comprenda asi los bienes del padre como los del hijo, de todos los cuales se ha hecho una sola herencia; y fideicomisariamente despues de la pubertad, no comprendiendo entónces mas que los bienes del padre. Ni el jurisconsulto en *d. l.* 14. dice que la sustitucion del impúber en que se ha comprendido mas tiempo que el de la pubertad, se convierta despues de esta en fideicomiso, sino que se acaba llegando la misma, lo que expresa Justiniano con el verbo muy significativo *evanescere.* Y si ni aquella sustitucion que solo empieza desde la pubertad vale como fideicomiso, mucho menos debe valer por derecho ninguno aquella en que se comprende la edad pupilar, pues segun dice muy bien Gomez 1. *var. resol.* 7. *n.* 2. y otros, con mayor facilidad puede convertirse en fideicomiso la sustitucion hecha para despues de la pubertad con palabras directas como en el primer caso, que no aquella que, comprendiendo algunos años de la impubertad, excede de la pubertad.

3. Como, empero, los doctores y con ellos el vulgo de los intérpretes no conceden lo que nosotros establecemos aqui como cierto y verdadero, á saber, que ni aquella sustitucion que solo empieza desde la pubertad, de este modo: *Si mi hijo muriere despues de los catorce años*, vale como fideicomiso, deberémos probarlo antes de dejar esta materia. Que no vale como fideicomiso, lo prueba la *l.* 108. §. 9. *de leg.* y la *l.* 9. *C. de test. man.*, en cuyos lugares se dice que no puede darse directamente la libertad á un siervo ageno. Si, empero, el favor que siempre se dispensa á la libertad no basta para convertir las palabras directas en fideicomiso, no habrá nada que baste. Y por qué razon hemos de favorecer la voluntad del testador que es contra la ley, de modo que por una benigna interpretacion introduzcamos un fideicomiso en el que no parece haber pensado el testador? Ni para que una cosa valga como fideicomiso, basta que como tal pueda valer, si esta hubiese sido la voluntad del testador, á no ser que expresamente lo haya querido, *l.* 1. *l.* 15. §. 1. *de jur. cod.* 1. 29. *qui test. fac. l.* 19. *de test. mil. l.* 41. §. 3.

h. t. Pero qué necesidad tenemos de argumentos? Papiniano *l. 7 eod.* nos quita toda duda cuando dice: *Se convino en que la sustitucion se hace inútilmente con palabras directas para despues de los catorce años*; pues no diria que se hace inútilmente, y por el contrario diria que se hace útilmente, si despues de dicho tiempo valiese como fideicomiso, y las palabras directas se convirtiesen en oblicuas. No obsta á esto la *l. 76. ad Treb.*, porque lo que en ella responde Scévola se ha introducido benignamente en el caso alli propuesto en favor del mismo pupilo, segun él mismo da á entender, y además por una conjetura de la voluntad del padre. Propónese una sustitucion hecha en codicilos que es un lugar propio de las disposiciones oblicuas y no de las directas; y se propone un pupilo á quien se ha sustituido para el caso en que muriere en la edad pupilar; y en este caso responde el jurisconsulto que por una benigna interpretacion se ha recibido que, lo que no puede valer como testamento del pupilo, valga á lo menos como codicilo de un intestado, y no permitiendo la razon del derecho que en virtud de esta sustitucion tenga un heredero directo, lo tenga á lo menos por fideicomiso, desde que se concedió al padre que pueda gravar con un fideicomiso al heredero del hijo. Por lo demás, se sostendrá esta sustitucion durante la impubertad; pues se extinguirá luego que llegue á la pubertad el pupilo, para que lo que se ha introducido en favor del mismo, no le perjudique luego de hecho púber coartándole la facultad de testar, *arg. l.* 92. §. 2. *l.* 93. de *leg.* 1. *l.* 41. §. 3. *h. t. l.* 43. §. 1. *eod.* Vinn. No todos, empero, son de este parecer; pues hay algunos que creen mas probable la opinion contraria, porque todo lo que puede convertirse en fideicomiso, facilmente se convierte, §. 3. *inf. quib. mod. test. inf. l.* 2. *C. comm. de leg. l.* 69. *pr. de leg.* 2. *l.* 15. *C. de test.* Las razones que aduce Vinnio son del derecho antiguo, por el que no se habia aun concedido tanta autoridad á los fideicomisos tácitos; no siendo los principios de nuestro autor admitidos en el foro. Hein.

TEXTO.

Quibus pupillariter non substituitur.

9. Extraneo verò, vel filio puberi hæredi instituto ita substituere nemo potest, ut si hæres extiterit, et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hæreditatem ejus vel totam, vel pro parte restituere: quod jus quale sit, suo loco tradεmus.

TRADUCCION.

A quienes no se sustituye pupilarmente.

Pero nadie puede sustituir á un extraño ó á un hijo púber á quien instituye heredero, para el caso en que lo sea y muera dentro de cierto tiempo (a); sino que tan solo está permitido que pueda el testador por medio de un fideicomiso obligarle á restituir á otro el todo ó parte de la herencia, cuyo derecho lo explicarémos en su lugar.

NOTAS.

9. *Vel filio puberi*). *L. 7. eod.* en donde Papiniano dice que se hace inútilmente la sustitucion para despues de los catorce años; y por consiguiente semejante sustitucion no valdrá ni como fideicomiso; pues lo que se hace inútilmente no se entiende que valga de ningun modo.

Nemo potest). *Nadie*, á saber, que sea pagano; pues que al militar le está esto concedido, *l.* 5. *l.* 41. §. 4. *de test. mil. l.* 15. *h. t. l.* 8. *C. eod.*, á la manera de otras cosas que no son lícitas á los paganos, *l.* 2. §. 1. *h. t. l.* 15. §. *pen. de test. mil.*

Suo loco tradεmus). Esto es, al fin del *tit.* 23. *de est. lib.*

COMENTARIO.

1. *Privilejios de los militares acerca de la sustitucion directa pupilar.*

Lo que se dice en este §. es una consecuencia necesaria de lo dicho al principio de este título; pues si tan solo está permitido á los padres el sustituir á sus hijos impúberes y de estos únicamente á los que tienen en su potestad, de modo que en el caso en que fueren herederos y murieren antes de la pubertad sea heredero otro, se deduce de esto necesariamente que ni los mismos padres pueden sustituir de este modo á los hijos que no tienen en su potestad, ni de aquellos á los cuales los tienen en ella á los púberos. Finalmente, que tampoco ningun otro puede sustituir de este modo á ningun impúber ni puber extraño de suerte que si fuere heredero y muere dentro de cierto tiempo sea heredero otro; en tanto que ni como fideicomiso vale semejante sustitucion segun poco ha probamos, y confirma ade-

(a) L. 1. y l. 5. tit. 5. P. 6.

más este párrafo al decir en él Justiniano que nadie puede sustituir á un estraño ó á un hijo púber para el caso en que sean herederos, sino que tan solo es permitido al testador obligar por medio de un fideicomiso al heredero etc. Pues por qué exijiria un fideicomiso expreso, si la misma sustitucion directa pudiese en el caso propuesto sostenerse como fideicomiso, lo que hubiera podido decir con igual número de palabras? Asi discurre muy bien Viglio *aqui* contra el vulgo de los doctores.

1. Solo á los militares está permitido sustituir directamente á los hijos emancipados y á los otros extraños para el caso en que sean herederos; pero solo ejercen este derecho respecto de aquellas cosas que de los mismos fueron á parar á poder de aquel á quien se sustituye, y no respecto de las otras, *l.* 5. *l.* 41. §. 4. *de test. mil.* Semejante á este es el privilejio que tiene el militar de poder sustituir directamente, ya tácita, ya expresamente aun para un cierto tiempo despues de la pubertad, de suerte que de entrambos modos valga la sustitucion, antes de la pubertad directamente, *l.* 15. *h. t.*, y despues de dicha edad, y por privilejio de militar como fideicomiso, *l.* 8. *C. eod.*, y comprenda tan solo los bienes del padre en union con los frutos hallados en la herencia, *d. l.* 15. *eod.*; esto es, segun muy bien dicen Goveano y Bus. *ibid.* los frutos pendientes y ya sazonados al tiempo de la muerte del mismo militar: pues estos frutos aumentan la herencia, *l.* 9. *ad leg. Falc.*, y por consiguiente pueden venir comprendidos en la restitucion fideicomisaria. Ni la *l.* 18. *in pr. ad. SC. Treb.* pertenece á estos frutos; y asi se ha observado muchas veces, aunque Ant. Fabro *d. loc.* Hotom. 1. *amicab.* 17. y Donelo en *d. l.* 8. pretendan que semejantes sustituciones hechas por el militar valen por derecho directo aun despues de la pubertad. Vinn. Ni piensan mal estos intérpretes á mi modo de ver, pues tienen en su favor la *l.* 5. *ff. de test. mil.* y la *l.* 15. *ff. h. t.*, en donde se dice que el sustituto adquiere (*capit*) los bienes del padre. Dicese, empero, que se adquieren, (*capi*) aquellas cosas que valen por derecho directo como los legados por vindicacion. Ulp. *tit.* 24. §. 2. *seq.* Asi piensa tambien Merillo *Obs. lib.* 6. *cap.* 5., en donde destruye enteramente los argumentos aducidos por los contrarios. Hein. Trátase por último de la sustitucion fideicomisaria al fin de este libro *tit.* 23.

TÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO.

De qué modos se invalidan los testamentos.

Conc. con el lib. 28. tit. 3. del Dig. (a).

Razon del método.

Se ha explicado todo lo que al principio del tratado del modo de hacer los testamentos dijimos que era necesario para la constitucion de los mismos. Tres son estos requisitos: que la persona del testador sea tal que tenga la testamentifaccion; que el testamento se haga con todas las solemnidades, asi comunes y externas, por ejemplo, la presencia de siete testigos, etc. como las internas y propias de algunos testadores, tal es la institucion ó desheredacion expresa de los hijos que tiene en su potestad el padre testador. Faltando estas cosas ó una de ellas, el testamento es nulo desde un principio, *l.* 2. *de injust. rupt. test.*; mas cuando concurren todas ellas tenemos lo que hemos buscado hasta aqui, á saber, un testamento válido ó hecho conforme á dererecho, *l.* 4. *qui test. fac.* Como, empero, para deferir la herencia en virtud de un testamento no basta que sea válido desde un principio, sino que debe subsistir siendo tal, por esta razon obra muy bien y conforme con las reglas del método el emperador al proponernos los modos como se invalidan los testamentos bien hechos antes de pasar al tratado de la adquisicion ó repudiacion de la herencia.

(a) Tit. 1. P. 6. desde la ley 18.

TEXTO.

Quibus modis testamenta infirmantur.

Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

TRADUCCION.

Como se invalidan los testamentos.

Un testamento ordenado conforme á derecho vale hasta tanto que se rompe ó hace irrito.

NOTAS.

Donec rumpatur irritumve fiat). *Romperse y hacerse irrito* denotan privacion, y por lo tanto no se dicen con propiedad sino de aquellas cosas que subsisten segun el derecho, *l.* 5. *h. t. de inj. rupt.*; pues la privacion, segun dicen en las escuelas, supone el hábito; mas aquellos testamentos que no están hechos conformes á derecho se llaman injustos y nulos, por ejemplo, cuando faltan las solemnidades, ó el hijo que está en la potestad ha sido preterido, *l.* 1. *l.* 5. §. 4. *l.* 6. §. 1. *eod.*

COMENTARIO.

Donec rumpatur irritumve fiat). Varios son los modos de invalidarse los testamentos; pues ó se rescinden por la sentencia, si habiéndose entablado la querella han sido declarados inoficiosos sobre lo cual hablaremos en el *tit. sig.*, y si el pretor concede la posesion de bienes *contra tabulas*, *tit. de bon. poss. sec. tab.*, ó sin intervencion del juez ni del pretor por la sola potestad del derecho; y esto tambien de dos modos distintos, por uno de los cuales se dice que *se rompen*, y por el otro que *se hacen irritos*. Del testamento roto se habla hasta el §. 4.; y en seguida del irrito, añadiéndose al último algunas aclaraciones. Mas como Justiniano no lo explica todo con bastante extension, nosotros procuraremos que todo lo á esta materia concerniente pueda comprenderse en la explicacion de los párrafos de este título. De la posesion de bienes *contra tabulas* por la que se rescinde tambien el testamento por derecho pretorio no hablaremos hasta al tratar del segundo modo universal de adquirir, *inf. lib.* 3. *tit.* 10.

TEXTO.

Quando testamentum dicatur rumpi. Primum de adoptione.

1. Rumpitur autem testamentum, cúm in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris aut per praetorem, secundum nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui hæredis.

TRADUCCION.

Cuando se dice que el testamento se rompe, y en primer lugar de la adopcion.

Rómpese, empero, el testamento cuando permaneciendo en el mismo estado el testador se vicia el derecho del mismo testamento; pues si uno despues de hecho este adoptare por hijo con autoridad del emperador á uno que es dueño de sí mismo, ó con la del pretor segun nuestra constitucion, á uno que está en la potestad de su padre, su testamento se rompe por el cuasi nacimiento de un heredero suyo (a).

COMENTARIO.

Cum in eodem statu manente testatore). Dícese que se rompe el testamento siempre que se destruye sin mudarse el estado del testador; pues cuando se muda, es decir, cuando tiene lugar la capitis diminucion, entonces no se dice propiamente que se rompa el testamento sino que se hace irrito, §. 4. *inf. eod.* Aparece, pues, que estas palabras *in eodem statu* se ponen aquí por oposicion al modo como se invalida el testamento por mudarse el estado del testador; por cuya razon ha de quitarse la negacion de la paráfrasis de Teófilo y en vez de μὴ μένοντος (no permaneciendo) leer μένοντος ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως, (permaneciendo en el mismo estado) segun atestigua Fabroto que se lee en los códigos reales. Que el testamento se invalide sin mudarse el estado del testador, en una palabra, que se rompa, acontece de dos modos; por el nacimiento de un heredero suyo y por la mutacion de la voluntad. El primer modo se explica en este §., y el otro en el siguiente aclarándose entrambos por medio de ejemplos.

Adoptaverit sibi filium per Imperatorem). Esto es, lo arrogare; pues esto es una perífrasis de la arrogacion, la cual es una especie de adopcion, por la cual con autoridad del príncipe tomamos por hijo á uno que es dueño de sí mismo. Durante la república debia hacerse con la autoridad del pueblo segun se ha advertido en el *lib.* 1. *tit. de adop.*

Secundum nostram constitutionem). *L. pen. C. de adop.*, en la cual dispone que si se diere un hijo en adopcion á una persona extraña se conserven íntegros los derechos del padre natural; pero que si se diere á una persona no extraña, por ejemplo, si el abuelo tomare en adopcion un nieto habido de

(a) L. 20. tit. 1. P. 6.

un hijo emancipado se disuelvan los derechos del padre natural, pasando el adoptado á la potestad y familia de este padre adoptivo. Da, pues, á entender que en este caso se rompe el testamento por la adopcion per el cuasi nacimiento de un heredero suyo, mas no en aquel; siendo asi que antiguamente se rompia indistintamente por cualquiera adopcion, lo propio que por la arrogacion, *l.* 8. *de inj. rupt. test.* Con todo, estos lo rompen si fueren preteridos; pues que si uno que antes habia sido instituido heredero fuere despues arrogado ó adoptado por el testador puede decirse que se le ha satisfecho, *l.* 18. *eod. t. l.* 23. §. 1. *de lib. et posth.* Y que sucederá si fuere desheredado? Ulpiano sigue el parecer de Marcelo y Papiniano, á saber, que la desheredacion hecha con respecto á un extraño no le perjudique si despues fuere adoptado; pero que perjudique al hijo emancipado que fuere despues arrogado, *l.* 8. §. 7. *y sig. cont. tab. d. l.* 23. *in pr. de lib. et posth.*; y esto asi, segun creo, porque en la persona de un extraño la desheredacion es ridicula y nula, sobre lo cual véase á Viglio.

Quasi adgnatione sui hæredis). *L.* 8. *de inj. rupt.* Y mucho mas con el nacimiento verdadero y natural de un heredero suyo, por ejemplo, si el testador despues de hecho el testamento tuviere un hijo de su mujer; *l.* 3. §. 1. *de inj. rupt.* (a). Del mismo modo si el nieto que al tiempo de hacerse el testamento no era heredero suyo del abuelo, siendo removido el padre sucediera en lugar del heredero suyo durante la vida del abuelo, rompe cuasi naciendo el testamento de este en que ha sido preterido, *l.* 13. *de tit.*, cuyos ejemplos tal vez no se repiten aqui porque se han propuesto en otra parte, §. 1. *y* 2. *sup. de exh. lib.* Tambien pertenecen aqui los hijos naturales habidos de una concubina y lejitimados despues de hecho el testamento, ya por subsiguiente matrimonio; por rescripto del príncipe ó por oblacion á la curia: pues que consiguiendo estos tambien los derechos de herederos suyos, §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 89. *c.* 8. *y* 9., es necesario que rompan tambien por el cuasi nacimiento el testamento del padre, si fueren preteridos por este.

« En España la *l* 20. *tit.* 1. *P.* 6. no exceptúa el caso en que el adoptado se halló instituido, de modo que tambien entonces se invalidará el testamento. »

TEXTO.

De posteriori testamento.

2. Posteriore quoque testamento, jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim solum espectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit. aut conditione, sub qua hæres institutus est defectus sit; in his casibus paterfam, intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet ruptum à posteriore: et posterius æquè nullas vieres habet, cùm ex eo nemo hæres extiterit.

TRADUCCION

Del testamento posterior.

Tambien por un testamento posterior perfecto se rompe el anterior, sin haber diferencia ninguna entre que haya ó no de él algun heredero; pues solo se atiende a si pudo existir en algun caso. Por lo que, si uno no quiso ser heredero, ó murió durante la vida del testador ó despues de la muerte de este antes de adir la herencia, ó bien faltó la condicion bajo la que fué instituido, en estos casos muere intestado el padre de familias; pues el primer testamento no vale roto como está por el posterior, y este tampoco tiene fuerza ninguna, pues que en virtud de él no existe heredero ninguno (a)

NOTAS.

2 *Superius rumpitur*). Aun cuando no se revoque expresamente, *l.* 1. *l.* 2. *eod. l.* 27. *C. de test.*; pues la última voluntad es la que debe ser válida, *l.* 4. *de adim. leg.*; del mismo modo que tambien las leyes posteriores y los últimos pactos derogan los interiores. Rómpese igualmente el testamento por destruirse, rasgarse, borrarse ó cancelarse las tablas etc., *l. ult. h. t.* §. *pen. l. pen.* §. 2. *sec. tab.*

Aut conditione defectus). Pues se considera tan solemne y bien hecho en todo aquel testamento en que ha sido instituido el heredero bajo de condicion, como aquel en que lo ha sido puramente, §. 9. *sup. de hær. inst.*

COMENTARIO.

1. *Valor y efecto del acto de borrar ó rasgar el testamento, de romper los sellos, etc.*
2. *Si en el caso de haberse borrado, rasgado, roto los sellos etc., del testamento se adjudica la herencia al fisco ó á los herederos lejítimos?*
3. *Si lo que se observa respecto del hecho de borrar ó rasgar, etc., el testamento debe tambien hacerse extensivo á los testamentos nuncupativos que se han*

(a) L. 21. tit. 1. P. 6.

reducido a escritura segun se acostumbra á hacerse actualmente?
Porque el primer testamento se rompe siempre por el posterior aun cuando subsistan integras las tablas del primero?
Para anular el primer testamento no es necesario que se revoque expresamente en el segundo.
Adviértase y corríjese un error de Bacovio.
Qué sucede cuando el primer testamento contiene una cláusula derogatoria del posterior?
El primer testamento se deroga por otro posterior aun cuando en virtud de este no exista ningun heredero.
De qué modos sucede que falte el heredero y quede destituido el testamento?

1. El segundo modo como se rompe un testamento bien hecho desde un principio es la mutacion de la voluntad del testador. Puede asi romperse de dos maneras: ó subsistiendo integras, las tablas, ó no. No subsistiendo integras si el testador borra, rompe ó rasga el testamento, si rompe ó quita los sellos, *tit. de his. quæ in test. del l. ult. de injust. rupt. test. l.* 22. §. 3. *qui test. fac. l.* 1. §. *pen. l. ult.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* l. 12. *l. pen. C. de test.*; á no ser que hubiere hecho esto indeliberadamente ó por casualidad, ó que hubiese tenido lugar ignorándolo el mismo (a); pues que entónces si puede de cualquier modo leerse lo que está escrito, subsistirá el testamento, *l.* 1. *de his quæ in test. del d. l. pen. C. de test.* Con todo, el hecho de borrar ó rasgar no producirá mas efectos que respecto de lo borrado ó rasgado. *l.* 2. §. 3. *d. t. de his quæ in test. del.* Ni borrado ó rasgado uno de los varios ejemplares de un mismo testamento, se entiende derogado este, á no ser que aquellos que quieren suceder *ab intestato* probaren que hizo esto el testador con la intencion de morir intestado, *l. ult. eod. t.*

2. Roto, empero, de estos modos el testamento, la herencia no se adjudicará al fisco, sino que se deferirá á los herederos *ab intestato*, *d. l. pen. C. de test. l.* 1. §. *pen. unde liberi. l. ult. de his quæ in test. del.*, á no ser que se pruebe que se han verificado estos hechos por un ódio especial á los herederos, en cuyo caso el fisco les quita la herencia como indignos, *l.* 5. *d. tit. l.* 16. §. 2. *de his quæ ut ind.* Clar. §. *testamentum q.* 93. *n.* 2.

3. Lo que se dice de romper ó borrar el testamento consta que no pueda aplicarse á los testamentos nuncupativos en cuanto son tales; pero se pregunta si se rompen tambien de estos modos aquellos que, segun hoy dia se acostumbra, se hacen nuncupativamente, pero de suerte que la última voluntad sea por mandato del testador estendida por el escribano en un borrador, de donde sea copiado en seguida con mayor cuidado y reducida á una especie de instrumento. Julio Claro *d. loc.* piensa que el hecho de borrar ó romper el testamento no basta para la derogacion y nulidad de semejante testamento, si subsiste el protocolo del notario; de cuya opinion parece tambien ser Viglio, §. *pen. h. t.* al decir que estos testamentos toman su fuerza y valor de las palabras y viva voz no menos que los que no han sido reducidos á escritura, y que por lo tanto, aun despues de rasgado el instrumento subsisten. Veamos si tambien estos testamentos han de rejirse por las mismas reglas que los escritos, segun quieren Paul. Castr. en la *l. pen. C. de test. n.* 7. Bacovio *in Treult. vol.* 2. *disp.* 10. *Thes.* 7. A la verdad, del acto de borrar ó rasgar el testamento se deduce ciertamente que el testador no quiso ya que valiese, y la razon no permite que destruido ó borrado el instrumento en que consiste toda la prueba, digamos que no obstante conserva el testamento toda su validez; pues debe advertirse que desde luego que el testador quiso que lo comprendido en la esquela ó borrador se copiase en un instrumento se considera transferida á esto toda la fuerza de aquel; y por consiguiente cesando ya toda la utilidad del borrador, toda la fuerza de la deposicion depende de solo el instrumento, en tanto que muerto el testador, nada mas se exije ya para la prueba de la última voluntad, segun opinaron muchos insiguiendo á la Glosa y á Bart. Ni obsta á esta opinion la *l. ult. de his quæ in test. delent.*, puesto que esta ley tiene lugar cuando de varios instrumentos igualmente principales de un mismo testamento el testador rompió ó borró tal vez uno, no todos, segun se propone el caso, y responde terminantemente Cast. *ubi sup.* Mas aunque se haya dejado integro el protocolo del escribano, no por ello debe considerarse conservada la última voluntad del testador; por cuanto el protocolo nada tiene que ver con este, estando obligado el escribano á hacerlo en virtud de su oficio y á fin de poder cotejar el instrumento, y además porque este puede perderse.

4. Subsistiendo integras las tablas se rompe el testamento por la mutacion de la voluntad si el testador hubiere hecho otro (b); cuyo modo se propone en este §. y se funda en la razon de que cada testamento contiene

(a) L. 21. tit. 1. P. 6.

(b) L. 21. tit. 1. P.

la plena sucesion del derecho universal, y por consiguiente, cualquiera que hace testamento se considera que dispone de todos los bienes, de modo que no pueden subsistir á la vez dos testamento, mas de lo que pueden existir dos dueños *in solidum* de una misma cosa. Asi pues, no pudiendo de muchos testamentos subsistir mas que uno, debe segun la voluntad del mismo testador valer el hecho últimamente por aquella regla vulgar. No obsta que de dos sentencias de un juez es válida la primera y no la última; pues que la voluntad del juez no es ambulante hasta la muerte como lo es la del testador (a); sino que el juez luego que ha fallado ha cumplido con su oficio, sin que pueda volver á fallar sobre la misma cosa segunda vez, *l.* 55. *de re jud.* Sin embargo, para que el primer testamento se derogue es preciso que el segundo sea perfecto y conforme á derecho, sobre lo que hablarémos mas latamente en el §. *pen. inf. eod.* (b).

5. *Superius rumpitur*). *L.* 1. *l.* 2. *de inj. rupt. test.* Y esto asi por solo haberse hecho despues otro testamento, segun da á entender Justiniano en la *l.* 27. *C. de test.* al decir que por el segundo testamento perfecto se deroga el primero *ipso jure.* No es, pues, necesario que en el último testamento se haga mencion del primero, ni que se revoque expresamente, segun lo demuestra bastante la naturaleza de la misma cosa; y por consiguiente es supérflua la cláusula que acostumbran los notarios poner en los testamentos, á saber, que el testador revoca, deroga y anula los por él mismo anteriormente hechos. De aqui se sigue que tambien los codicilos anteriores sean destruidos por el testamento posterior aun cuando no se hayan revocado expresamente; pues siguiendo los codicilos el derecho del testamento cuando se ha hecho este, es necesario que invalidado el mismo, se invaliden tambien aquellos, *l.* 5. §. *ult. l.* 16 *de jur. cod. l.* 1. *C. eod. tit.* Vinn. De la misma naturaleza del testamento puede sacarse una elegante razon de esto El testamento era antiguamente una ley: de ahi es que se hacia en los comicios calados: de ahi el tener que hacerse con palabras directas y lejislativas, de este modo: *Sé heredero, te obligo, toma, permite etc.*; de ahi, en fin, la palabra empleada por la ley de las doce tablas, LEGAR, como dictar una ley, νομοθετεῖν. Del mismo modo, pues, que una ley posterior deroga otra de anterior, *l. ult. ff. de const. princ.* parecia con siguiente que tambien un testamento posterior derogase otro de anterior sin necesidad de nueva revocacion. Este principio á la manera de otras cosas fué conservado por los antiguos jurisconsultos, aunque ya habia caido en desuso el modo de testar en los comicios y se hubiese introducido el testamento por la moneda y la libra. Hein.

6. Por esta razon dice malamente Bacovio que la cláusula general por la que se revoca toda disposicion anterior es inútil por lo que hace á la invalidacion del primer testamento, por cuanto en el mismo hecho de hacer otro queda este revocado, pero no por lo relativo á los codicilos anteriormente hechos, puesto que de otro modo estos existirian á una con el testamento. En efecto, de los lugares poco há citados aparece la falsedad de esto, y que destruido el primer testamento se destruyen tambien por consecuencia los codicilos aunque no haya intervenido revocacion ninguna de la primera voluntad. Con todo, si se supone el caso de no haber antes ningun testamento sino tan solo codicilos, si se hiciere despues testamento no será inútil semejante cláusula desde que se dispuso que los codicilos que preceden al testamento no pierdan su validez por hacerse despues este, á no ser que aparezca que el testador mudó la voluntad que habia manifestado en los codicilos, §. 1. *inf. de eod.* Y esto fué tal vez lo que pensó decir Bacovio.

7. Pero qué sucederá en el caso en que el primer testamento contenga una cláusula derogatoria de la voluntad posterior? El comun de los intérpretes piensa que el primer testamento que tiene semejante cláusula, por mas que esté revestido de todas las solemnidades, no se deroga por el posterior; ni aun cuando este contiene una derogacion general de todas las disposiciones precedentes, sino que para la invalidacion del primer testamento derogatorio es absolutamente necesario que en el segundo se haga especial mencion y expresa revocacion del mismo por la *l.* 22. *de leg.* 3. Gomez *l.* 3. *de Toro n.* 52. Covar. *de test. par.* 2. *rubr. n.* 5. cuya opinion parece que es poco conforme con la razon del derecho, *arg. l.* 6. §. 2. *de jur. cod. l. ult. in pr. de leg.* 2. *d. l.* 22. *de leg.* 3. *l.* 4. *de adim. leg.* y es criticada por Cuyacio 14. *obs.* 17. y contada por Ant. Fabro entre los grandísimos errores que los antiguos glosadores introdujeron, *dec.* 57. *err.* 7. *y sig. dec.* 58. *err.* 1. *dec.* 59.

8. *Nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, etc.*) Lo que sigue contiene una especie de amplificacion de la regla puesta al prin-

(a) L. 25. tit. 1. P. 6.
(b) D. l. 21 y l. 23. tit. 1. P. 6

cipio, á saber, que el primer testamento queda derogado por el otro posterior, no solo cuando en virtud de este ha habido heredero, sino tambien cuando ha quedado destituido, *l.* 1. 16. *de inj. rupt. test, l.* 9. *de lib. et posth.* Esto se funda en la razon de que la adicion de la herencia no pertenece a la esencia y perfeccion del testamento, que es lo único que aqui se requiere, sin que la derogacion del primer testamento dependa de algun evento ó suceso que tenga lugar despues de la muerte del testador, sino que desde luego y durante la vida de este se rompe por otro posterior *ipso. jure*; de modo que si por consiguiente el testamento posterior está revestido de todas las solemnidades, y que en virtud de él pueda adirse la herencia, aun cuando aconteciera que esto no se verifique, con todo, el primer testamento una vez roto ya no recobra su validez. Por una razon igual, si en el primer testamento fuere instituido ó desheredado un póstumo y preterido en el segundo, y este se rompiere por el nacimiento del mismo, no por ello recobrará el primero su validez, cuyo ejemplo propone aqui Bacovio.

Si quis aut noluerit, etc.). Enumera los modos como sucede que falte el heredero y quede destituido el testamento. En resúmen tiene lugar esto de dos modos; ó porque el heredero escrito no quiere serlo y repudia la herencia, ó porque no puede serlo, lo que acontece si ó muriere durante la vida del testador, ó despues de la muerte de este antes de adir la herencia (pues la herencia no adida no se trasmite á los herederos del instituido á no ser las personas comprendidas en la *l. un C. de his qui ant. ap. tab. l. un.* §. 5. *C. de cad. toll.*; ó bien porque faltó la condicion bajo la que se instituyó el heredero. De aqui, empero, aparece que el primer testamento no deja de derogarse por el posterior porque en el primer se haya instituido heredero puramente y en el segundo bajo de condicion, aunque en un solo y mismo testamento no produzca efecto ninguno la condicion añadida á una institucion pura, *l.* 27. §. 1. *de hœr. inst.*; pues por tan solemne y bien hecho se considera aquel testamento en que se ha instituido heredero bajo de condicion como aquel en que se ha hecho esto puramente, §. 9. *sup. de hœr. inst.* Ni es de extrañar que los contratos puros no se disuelvan por los condicionales, por ejemplo, si comprare de nuevo bajo de condicion lo que antes compré puramente, pues por la segunda compra nada se hace por cuanto ya he adquirido una accion en virtud de la primera, *l.* 7. *in pr. de resc. vend.*

His casibus paterfam. intestatus moritur). Esto es, muere como intestado, teniendo como á tal los sucesores; pues no adiendo nadie la herencia pierde toda su fuerza el testamento en tanto que no hay ninguna diferencia entre que uno muera intestado ó que esté destituido de heredero, *l.* 181. *de reg, jur.*; pero de esto tratarémos de propósito, *inf. de hœr. quœ ab int. def. in pr.*

« En España para que el testamento posterior derogue á otro anterior en que se continuó cláusula derogatoria, es necesario que se haga en él mencion del primero, y que el testador manifieste no querer que las palabras de este obsten á la validez del segundo. Como esto, empero, pende de la presunta voluntad del testador se romperá el primer testamento siempre y cuando por conjeturas apareciese que el testador quiso que prevaleciese el segundo, aun cuando en él no haya la revocacion como ya notaron Greg. Lopez, en dicha *ley.* 22. *glos.* 2. Tambien requiere la misma ley especial mencion del primer testamento en el segundo, cuando en aquel son instituidos herederos los que lo serian ab intestato, y en esto se conforma con el derecho romano, *auth. Hoc inter. C. de test.* Además, en el caso en que el heredero nombrado en el segundo testamento, lo hubiese sido en la falsa creencia de que el instituido en el primero habia muerto, pertenecerá la herencia á este último, pero con la obligacion de prestar los legados contenidos en entrambos testamentos, *l.* 21. *tit.* 1. *P.* 6. Por lo demás, aun cuando en el segundo testamento no haya institucion de heredero, no por ello dejará de romperse el primero, pues que entre nosotros no es necesaria aquella para la validez de las últimas voluntades, *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Rec.* Por último, réstanos advertir que habiéndose por *d. l.* 1. permitido morir parte testado, parte intestado, no siempre entre nosotros el testamento posterior derogará el anterior, sino solo cuando sus disposiciones sean contradictorias. »

TEXTO.

De posteriore, in quo hæres certæ rei institutus.

3. Sed et si priore testamento jure perfecto posterius æquè jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit; superius testamentum sublatum esse: divi Severus et Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verba et hic inseri jussimus, quum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit. *Imperatores Severus et Antoninus Augusti Cocceyo Campano. Testamentum secundo loco*

factum, licet in se certarum rerum hæres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed et teneri hæredem scriptum ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

TRADUCCION.

Del testamento posterior en qué se ha instituido un heredero de cosa cierta.

Y aun cuando despues de hecho un primer testamento perfecto, hiciere otro igualmente conforme á derecho, aunque en él instituyere heredero en una cosa cierta, se deroga el testamento anterior segun dispusieron los emperadores Severo y Antonino; cuya constitucion mandamos aqui literalmente, á causa de que en ella se expresa además otra cosa. Los emperadores Severo y Antonino Augustos á Cocceyo Campano. El testamento hecho en segundo lugar, aunque en el se haya instituido un heredero de cierta cosa; vale segun el derecho lo mismo que si no se hubiere hecho mencion de la cosa, estando obligado el heredero escrito á que contentándose con las cosas que le han designado, ó supliendo la cuarta por la ley Falcidia restituya la herencia á aquellos que habian sido instituidos en el primer testamento á causa de las palabras insertas del fideicomiso por las que se ha expresado que valga el primer testamento. *Y tambien de este modo se rompe el testamento.*

NOTAS.

5. *Ex certis rebus*). Pues que puede instituirse heredero, no menos en una cosa cierta que en una parte de la herencia, *l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. l. 10. de hær. inst.*

Ac si rerum mentio facta non esset). Pues la mencion se detrae por la potestad del derecho, *dd. ll.* porque es contradictorio ser heredero de una cosa singular Asi que conseguirá todos los bienes, á no ser que se le hubiere dado un coheredero instituido simplemente ó en una parte de la herencia; pues entonces se considera como legatario, *l. 41. in fin. de vulg. et. pup. l. 25. C. de hær inst.*

Ut valeret prius testamentum). No pudiendo hacer esta cláusula que subsista el primer testamento, y de este modo tenga dos un solo testador, se ha interpretado como que el testador haya querido convertir el primer testamento en fideicomiso y codicilos, *l. 18. de test. mil.*

COMENTARIO.

1. *Por el nombre de cuarta Falcidia entendian frecuentemente los antiguos la Trebeliánica.*
2. *Algunas veces se introducen los fideicomisos, aun sin haber las palabras propias de los mismos, por la sola voluntad del testador.*
3. *La doctrina de este §. no pertenece al testamento militar, como tampoco la del anterior.*

Etiamsi ex certis rebus). Otra ampliacion de la doctrina anterior, sacada de Meciano, *l. 29. ad sen. Treb.*; por la cual se nos enseña que el primer testamento se rompe por otro posterior, aun cuando en este se haya instituido en una cosa cierta ó singular, por ejemplo, en un fundo; lo que se apoya en una ciertísima razon del derecho. En efecto, puede instituirse heredero, no menos en una cosa cierta, que simplemente ó en una parte de la herencia, habiéndose establecido que semejante institucion valga lo mismo que si no se hubiere hecho mencion de la cosa, de suerte que si solo hay un instituido de esta manera consiga la herencia de todos los bienes, *l. 1. §. 4. de hær. inst. l. 41. in fin. de vulg. et pup.* Subsistiendo, pues, segun el derecho semejante testamento, es necesario que si en el segundo se instituyere un heredero en una cosa cierta, se rompa el primero conforme á la regla.

Ac si rerum mentio facta non esset). Si uno ha sido instituido heredero en una cosa cierta vale la institucion, no para que de ella se haga heredero (pues es contradictorio ser heredero de una cosa singular, por cuanto no puede el mismo concebirse sin una universalidad de bienes) sino para que detraida por la potestad del derecho la mencion de la cosa se considere lo mismo que si el heredero hubiese sido instituido simplemente, *l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. l. 10. de hær. inst.*; y por consiguiente, á no ser que se le haya dado un coheredero conseguirá toda la herencia, *l. 41. in fin. de vulg. et pup.* Véase lo que dijimos en los §§. 5. *y* 8., *sup. de hær. inst.*

2. *Suppleta quarta ex lege Falcidia*). Esto es, del senado consulto Pegasiano por el cual se permite la retencion ó suplemento en caso de haberse dejado menos, de la cuarta del fideicomiso hereditario; ó mas bien, segun la mente de Justiniano del Trebeliano, desde que se abolió el Pegasiano transfiriendo este toda su fuerza á aquel, §. 7 *inf. de fid. hær.* En efecto, es muy familiar y frecuente entre los antiguos el llamar cuarta Falcidia la que se deduce en virtud del senado consulto como puede verse en las *l. 30. §. 7. l. 86. l. 39. ad leg. Falc. l. 22. §. 2. l. 58. §. 5. ad sen. Treb. l. 2. in fin. de jur. cod. l. 10. C. ad leg. Falc.* Por esta razon no se lo que quiere decir Pacio al advertir al márjen al lector que no sueñe que

n este lugar se dice cuarta Falcidia en vez de Trebilianica; pues semejante advertencia es propia de un hombre que está soñando; aunque en su análisis fué mas cauto. VINN. Parece que esta cuarta se llama Falcidia algunas veces, porque los senado-consultos toman en muchas ocasiones el nombre de aquellas leyes á semejanza de las cuales se han dado. El Senado-consulto Pegasiano, empero, parece haberse dado á semejanza de la ley Falcidia, y haber hecho extensiva á los fideicomisos la cuarta parte que esta habia permitido detraer de los legatarios. Muy bien Jac. Gotofredo *ad leg. Pap. Popp. c. 17. p. 332.* dice: *Aquellos senado-consultos que siguieron á las leyes suelen los jurisconsultos atribuirlos á las mismas leyes.* Hállase un ejemplo de ello en la *l. 27. c. de nupt.* en donde se atribuye á la ley *Julia y Papia* lo que es de los senado-consultos *Persiciano*, *Claudiano y Calvisiano* hechos á semejanza de aquella ley segun Ulpiano *Fragm. tit. 16. §. 3.* HEIN.

Quibus ut valeret prius testamentum). Por esta cláusula principalmente mandó Justiniano insertar aqui las palabras de la constitucion de Severo y Antonino. No hay duda ninguna que puede el testador gravar con un fideicomiso á aquel á quien instituyó heredero, y rogarle que restituya á otro la herencia. Por consiguiente aunque uno haya sido instituido en una cosa cierta, como que la institucion es válida, podrá por su medio dejarse un fideicomiso hereditario; pues para que se considere bien dejado el fideicomiso no requerimos precisamente la expresion de las palabras propias de los fideicomisos, como son, *te pido*, *te ruego*, *quiero*, *te encargo*; sino que muchas veces, aun sin estas palabras se admite por la presunta voluntad del testador, *l. 19. §. 1. ad sen. Treb.* Esto es lo que sucede en el caso propuesto cuando el testador dispone en el segundo testamento que valga tambien el primero, pues aunque faltan aqui las palabras del fideicomiso; no obstante, se deduce este con muchisima razon de lo mismo que se ha dispuesto. Quiso el testador al hacer el segundo testamento que valiese á pesar de esto el primero. Esto no puede disponerse de modo que produzca el efecto de que los herederos escritos en el primer testamento adquieran directamente la herencia para que no haya dos testamensos de un mismo testador; solo para que se observare la manifiesta voluntad del difunto, lo que puede hacerse segun el derecho, se han convertido las palabras directas de esta cláusula en fideicomisarias, y se han interpretado benignamente como que se hubiese rogado al heredero instituido en el segundo testamento que restituya la herencia á los nombrados en el primero.

3. La doctrina de este y del anterior §., advirtiendo esto de paso, no pertenece á los testamentos de los militares; pues que estos pueden hacer muchos testamentos, ya juntamente, ya por separado. Por lo que, si en el segundo testamento hubiere expresamente dispuesto que valga tambien el primero sucederá que habrá dos testamentos, y que asi la primera como la segunda institucion valdrán directamente; mas si en el segundo hubiere con palabras suplicativas encargado al heredero que valiere tambien el primero, se considera haber convertido este en fideicomiso y codicilos, *l. 19. de test. mil.*

TEXTO.

De testamento irrito; et quibus modis sit irritum?

4. Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is, qui fecit testamentum, capite diminutus sit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.

TRADUCCION.

Del testamento irrito y de qué modos se hace tal?

De otro modo tambien se invalidan los testamentos hechos conforme á derecho, por ejemplo, cuando aquel que hizo el testamento ha sido capite minuido; lo qué de que modos tiene lugar lo dijimos en el primer libro.

COMENTARIO.

Hasta aqui se ha tratado de los modos de invalidar los testamentos *ipso jure*, por los que se invalidan quedando salvo el estado del testador, y por los que se dice que *se rompe* en especie. Síguense aquellos por los que se invalidan mudándose el estado del testador; por cuya mutacion se dice en el derecho propiamente que se hacen irritos, *l. 6. §. 5. l. 12. in fin. pr. de inj. rup. test.*

Capite diminutus). Ni se distingue qué clase de capitis diminucion; pues que por todas ellas se muda el estado del hombre, *sup. de cap. dem. lib, 1.*; y no puede tener testamento sino un hombre libre, ciudadano romano, y padre de familias, cuyas tres circunstancias se exigen en el testador en dos tiempos: en el de hacer el testamento y en el de la muerte, *§. 6. inf. eod.* Mas si posteriormente aconteciere alguna cosa que se mudare el estado y condicion de la persona

del testador, por ejemplo, si este despues de hecho el testamento se volviere furioso, ó se le privare de la administracion de sus bienes deberá decirse otra cosa y subsistirá el testamento, sobre lo que se ha hablado *sub. quib. non. est per. test. fac.* En primer lugar, pues, se hace irrito el testamento por la capitis diminucion máxima, pues por ella es el testador reducido á esclavitud, *d. l.* 6. §. 5. Exceptúase, con todo, el hecho antes del cautiverio por aquel que ha sido cogido prisionero por los enemigos, puesto que se sostiene por el derecho de postliminio ó por la ficcion de la ley Cornelia, *d. l.* 6. §. *pen. l.* 12. *qui test. fac.* §. *ult. sup. quib. non est. per. test. fac.* en donde se explica esto mas latamente. En segundo lugar se hace irrito por la capitis diminucion media, por ejemplo, si el testador ha sido deportado á una isla; porque de este modo ha sido excluido del número de los ciudadanos romanos, y pierde todo lo que es de derecho civil, §. 1. *sup. quib. mod. jus. pat. pot. solv l.* 17. §. 1. *de pœn.* Lo que, empero, dice el jurisconsulto en *d. l.* 6. §. 7. de que el testamento de aquel que es deportado no se hace irrito desde luego sino tan solo hasta tanto que el príncipe haya aprobado el hecho, debe explicarse por lo que se dice en la *l.* 2. §. 4. *de pœn.* y en la *l.* 6. §. 1. *de int. et. rel.* y debe referirse al presidente de la provincia que no tiene facultad de deportar, pues el proconsul y el prefecto de la ciudad lo tienen, *dd. ll.* Finalmente, tambien se hace irrito el testamento por la capitis diminucion minima del testador, por ejemplo, si se diere en arrogacion, *l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* §. 6. *inf. h. t.* porque un hijo de familias no puede hacer testamento ni morir con él. Si, empero, por la emancipacion del hijo de familias que testó acerca de los bienes castrenses se hace irrito su testamento, lo que niega el jurisconsulto *d. l.* 6. §. *ult.* se ha dilucidado en otra parte, §. 5. *sup. de test. mil.* Y este caso proviene del testador; mas hay otro que proviene del heredero, cuando sobreviene el cual se dice tambien que se hace irrito el testamento, á saber, si en virtud del testamento no hubiere ningun heredero, pues por falta de este se dice tambien que se hace irrito el testamento, *l.* 1. *de injust. rup. irrit. fac. test. l.* 29. *de bon. poss. cont. tab.* y Ulpiana, *fragm. tit.* 23. §. 3. y con razon, pues, que toda la fuerza y efectos del testamento consisten en la adicion y existencia del heredero. Sin embargo, mas frecuentemente se dice en este caso que queda *destituido* ó abandonado, §. 7. *y sig. de hær. quæ ab int. l.* 9. *de lib. et posth. l. ult. de cond. inst.* Algunas veces tambien se distingue este testamento del que ha sido hecho irrito, restringuiendo la palabra irrito á aquellos testamentos que se invalidan mudándose el estado del testador, *l.* 1. *in pr. de suis et leg. hær. infr. de hær. quæ. ab int.* Ni parece que este modo sea propio de este lugar pues en él solo se pregunta si el testamento es idóneo para deferir la herencia; y hoy dia raras veces sucede que el testamento quede destituido desde que Justiniano dió tambien á otras personas facultad de adir, *Nov.* 1. *cap.* 1. VINN. Añádase otra razon de esto, que es el haberse introducido por el derecho nuevo el beneficio de inventario, *l. ult.* §. 4. *C. de jur. del.*; pues siendo el efecto del inventario bien hecho que el heredero no esté tenido mas allá de lo que alcance la herencia, §. 11. *Inst. de hær. qual. et diff.* nadie repudiará ligeramente una herencia que puede adir sin ningun peligro, HEINN.

«Como que en España pueden los hijos «de familia testar segun la *l.* 4. *tit.* 18. *lib.* «10. *Nov. Rec.* no se hará irrito el testa«mento por la capitis diminucion minima del «testador, ni tampoco por la media. Véase «lo que dijimos en la *rúb. y en el princ. del* «*tit.*»

TEXTO.

Cur dicatur irritum?

5. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioqui et quæ rumpuntur irrita fiant, et ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sint. Sed et ea, quæ jure facta sunt, et postea per capitis diminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sanè commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui; ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

TRADUCCION.

Porqué se llama irrito?

En este caso, empero, se dice que se hacen irritos los testamentos, aunque de otra parte se hagan tambien irritos aquellos que se rompen, y lo sean igualmente aquellos que desde un principio no se hacen conforme al derecho; mas tambien aquellos que se hacen en un principio arreglados al derecho despues se hacen irritos por la capitis diminucion, podemos no obstante llamarlos rotos. Pero siendo mucho mas cómodo distinguir cada cosa por su nombre particular, por esta razon unos se dice que son injustos, y otros, ordenados conformes á derecho que se rompen ó hacer irritos.

NOTAS.

5. *Hoc casu irrita*). Tambien se dice que se hace irrito el testamento cuando no existe de él ningun heredero, *l.* 1. *h. t. l.* 20. *cont. tab.* Ulp. *d. loc.*

COMENTARIO

No es nuevo en las artes, y principalmente en nuestra profesion que palabras que en su significado son generales, se limiten para mayor claridad de la doctrina á cierta especie, para que asi se entiendan mejor las cosas aplicando á cada especie un nombre distinto; como se manifiesta aqui con el ejemplo del testamento roto y hecho irrito. Así, adopcion, cognacion, pacto, contrato, accion, etc., son palabras que en sí tienen una significacion general; pero muchas veces por la intencion del que habla se denota con ellas una cierta especie; lo que sucede principalmente cuando se juntan á otras palabras de significacion semejante.

Et quæ rumpuntur irrita fiant). Muy raras veces confunden nuestros autores estas cosas, aunque lo hacen en algun caso. Así no teniendo en consideracion el uso especial de estas palabras se dice que se hace irrito el testamento que ha sido borrado ó rasgado, *l.* 3. *in fin. l. ult. de his. quæ in test. del. l.* 15. §. 1. *de test. milit.*; aunque en este caso se dice propiamente que se rompe el testamento si atendemos al significado especial de las palabras.

Quæ ab initio non jure fiunt irrita sunt). El testamento que desde un principio no ha sido arreglado á derecho es llamado *injusto* por nuestros autores, segun aparece por el epígrafe y la *l.* 1. *de inf. rupt. test.* Este testamento puede llamarse tambien irrito, pero de ningun modo roto. Y debe tambien advertirse lo que dice que aquellos que desde un principio no están arreglados á derecho son irritos, no que se hacen tales; pues decimos muy bien que es irrito aquello que nunca subsistió, pero que se hace tal como tambien que se rompe tan solo aquello que, siendo antes válido, despues se ha destruido, pues esto significa privacion, y esta, segun dicen en las escuelas presupone el hábito. Alégase por nuestros autores la *l.* 5. *de inj. rupt. test.*

Singulas causas). *Singula vitia,* cada uno de los vicios, segun los autores del derecho, *l.* 1. §. 3. *de tab. exh. l.* 2. *C. de edict. D. Had. Toll. l.* 11. *C. de prob.*

TEXTO.[1]

Quibus modis convalescit.

6. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest escriptus hœres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modo defunctus, et civis Romanus, et suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

TRADUCCION.

De qué modos recobra la validez?

Aquellos testamentos, empero, que ordenados desde un principio conforme á derecho han sido despues hechos irritos no son del todo inútiles; pues si estuvieren sellados por siete testigos puede el heredero escrito pedir la posesion de bienes secundum tabulas, *con tal que el difunto al tiempo de la muerte fuese ciudadano y dueño de sí mismo. Pues si el testamento ha sido hecho irrito por haber el testador perdido el derecho de ciudad ó la libertad ó por haberse dado en adopcion, y al tiempo de la muerte se halla en la potestad del padre adoptivo no puede el heredero escrito pedir la posesion de bienes* secundum tabulas.

NOTAS.

6. *Irrita facta sunt*). Ni tampoco en el testamento roto impide siempre el vicio que se pida en virtud de aquel la posesion de bienes: por ejemplo, si el póstumo preterido hubiese muerto durante la vida del testador, *l.* 12. *de lib et post.*, y tambien rasgare el segundo testamento para dejar subsistente el primero, *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* Del mismo modo si el hijo preterido se abstuviere, se sostiene por equidad el testamento, *l.* 17. *h. t.* No sucede así cuando este se anula por incapacidad del testador ó falta de las solemnidades, *l.* 1. §. 8. *sec. tab. l.* 12. *C. de test.*

Et suæ potestatis). No basta para conseguir la posesion de bienes en virtud de un testamento, que aquel que despues de haberlo hecho se ha dado en arrogacion haya muerto despues de haber vuelto á ser dueño de sí mismo, sino que además se requiere alguna nueva confirmacion de la voluntad, la cual parece haber mudado al pasar á una familia agena, *d. l. pen.* §. 2. *sec. tab.*

COMENTARIO.

1. *Adviértese un descuido de Triboniano.*

2. *El testamento roto por el nacimiento de un póstumo preterido recobra su validez si este muere antes que el padre.*
3. *Por el acto de borrar ó rasgar el testamento segundo, recobra su fuerza el primero si han permanecido íntegras las tablas del mismo.*
4. *El testamento hecho irrito por la capitis diminucion máxima y media del testador, recobra su validez sin necesidad de ninguna nueva declaracion de la voluntad si el mismo fuere restituido; pero no así, si habiéndose dado en arrogacion muriere despues de hecho otra vez dueño de sí mismo.*

1. Este lugar contiene una aclaracion del §. 4. Merece, empero, aquí Triboniano ser reprendido por dos razones: primera, porque las circunstancias que son comunes del testamento roto y del irrito, las pone como que fueren propias de uno solo, á saber, del irrito; y segunda, porque dice simplemente que los testamentos hechos irritos por la capitis diminucion recobran su validez por derecho pretorio, si el testador al tiempo de morir fuere ciudadano romano y padre de familias, siendo así que en algunos basta esto tan solo, y en otros se exige además alguna nueva declaracion de la voluntad, segun luego se manifestará.

Per capitis deminutionem irrita facta). Aquellos testamentos que son nulos desde un principio por la incapacidad de la persona del testador, en virtud de ningun hecho posterior pueden valer por derecho ninguno, por ejemplo, si un impúber, un furioso ó un hijo de familias hubiere hecho testamento, y despues hubieren muerto cuando tenian la testamentifaccion: semejante testamento ni por derecho pretorio valdrá de modo que pueda pedirse en su virtud la posesion de bienes *secundum tabulas*, *l.* 1. §. 8. *sec. tab.* Lo mismo sucede si el testamento fuere nulo por falta de alguna solemnidad del derecho; por ejemplo, si han concurrido menos de siete testigos, ó si de los siete que concurrieron, algunos han dejado de sellar, *l.* 12. *C. de test.* Acerca, empero, del testamento en que fué preterido un hijo que estaba en la potestad no están de acuerdo los autores entre sí del mismo modo que por derecho civil no es de ningun momento, así tambien es nulo por derecho pretorio; pero lo mas probable es que no es enteramente nulo por derecho pretorio, y que los herederos en él escritos pueden recibir la posesion de bienes, *secundum tabulas*, si el preterido se abstuvo de los bienes paternos, *arg. l.* 12. *in fin. pr. l.* 17. *de injust. rupt. l.* 12. §. 1. *cont. tab. l.* 2. *in pr. sec. tab.* Esto, empero, no es propio de este lugar, puesto que aquí se trata de los testamentos que habiendo sido bien hechos desde un principio, despues han sido invalidados, preguntándose, si quitada despues la causa que los anula recobran su validez por algun derecho. El emperador solo propone esto en un caso, á saber, cuando el testamento ha sido hecho irrito, ó sea cuando se ha invalidado por haber sido capiti minuido el testador; pero tambien pertenece la misma cuestion al otro caso, á saber, cuando ha sido roto ó sea destruido sin haberse mudado el estado del testador.

2. Hablémos, pues, en primer lugar del roto, y luego tratarémos del otro caso que se pone aquí. Vimos que el testamento se rompia de dos modos; ó por el nacimiento de un heredero suyo, ó por la mutacion de la voluntad. Supongamos, pues, que el póstumo preterido ha muerto durante la vida del padre; pregúntase, si el testamento roto por el nacimiento del póstumo recobra su validez si este muere antes que el padre? Y se responde que si el testamento estuviere sellado, puede el heredero en él escrito recibir la posesion de bienes *secundum tabulas* de modo que obtenga la herencia, aunque se oponga á ello la escrupulosidad del derecho, *l.* 12. *de inj. rupt.* De aquí se deduce que por derecho no vale de nuevo el testamento, sino que tan solo el pretor sostiene la voluntad del testador por equidad. Añádese en la respuesta que esto mismo se confirmó por los rescriptos de los emperadores, cuya confirmacion tal vez se hizo porque podia parecer que excedia de las facultades del pretor el dar últimamente la posesion de bienes al heredero escrito en virtud de un testamento intrínsecamente vicioso, en perjuicio de aquellos que de otra suerte adquiririan la herencia *ab intestato*. Sin embargo, si el póstumo preterido nace despues de la muerte del testador, aun cuando muera luego despues, no por ello recobra el testamento su validez, ni tampoco cuando muere despues de su padre, pues que siendo heredero suyo de este, desde luego es *ipso jure* heredero del mismo, y al morir transmite la herencia que ha adquirido á cualesquiera herederos legítimos, á cuyo caso pertenece la *l.* 2. *C. de post. hær. inst.* Cuyacio en la *l.* 7. *de lib. et post.*

3. Supongamos ahora, que el testador ha borrado ó rasgado el segundo testamento por el que habia sido roto el primero: se pregunta si vale de nuevo el primero que ha subsistido íntegro? Papiniano responde que si el testador ha verificado esto con el ánimo de que fuera el primer testamento su última voluntad, ha vuelto la que habia faltado por el nuevo propósito y que puede

por lo tanto pedirse la posesion de bienes *secundum tabulas*, *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* Pero, se dirá, no se hace de este modo un testamento por la nuda voluntad sin solemnidad ninguna? Niégalo el jurisconsulto en *d. lug.*, y responde á esta objecion diciendo que no se trata aquí del derecho del testamento, sino de la fuerza de la excepcion, con lo cual da á entender, que con este nuevo propósito y simple voluntad del testador no se constituye un nuevo testamento; sino que si el heredero escrito en el primer testamento demanda y vindica la herencia, y se le objeta la excepcion de la voluntad mudada, puede eludir esta excepcion replicando que se ha renovado la misma voluntad, si consta que se ha destruido por el testador el segundo testamento con la intencion de que el anterior valiese. Esta intencion, empero, debe absolutamente probarse por el heredero escrito, por ejemplo; por medio de codicilos ú otros documentos en que el testador haya manifestado expresamente que quiere que valga el primer testamento; de otra suerte deberemos interpretar mas bien que habiéndose arrepentido de entrambas voluntades ha querido morir intestado, *d. l. pen.* §. 2. Cómo, pues, puede entablarse una accion en virtud de aquello que se ha roto *ipso jure?* A esto se responde que se dice que el primer testamento se rompe *ipso jure* bajo cierto respecto, por cuanto se rompe por el solo hecho de hacer otro aun cuando el testador no lo revocare. Y aunque mientras el segundo testamento subsiste se considere derogado el primero en tanto que nada de lo en él escrito vale ni puede en virtud de él pedirse nada; con todo, no por ello debe parecer absurdo que borrado ó destruido el segundo con la intencion de que el primero valga, recobre este su validez; puesto que ha subsistido íntegro y es como el último, pues lo que se dice de que un derecho extinguido no revive, no tiene lugar cuando se remueve el impedimento de la cosa que segun hablan nuestros DD. ha conservado su esencia formal y material. Menoch. *cons.* 176. *lib* 2. Por consiguiente, pienso que en este caso hasta por derecho civil valdria el testamento. Tiempo es ya de que pasemos á la explicacion de nuestro §. en el que se trata de la validez de aquellos testamentos que han sido invalidados por la capitis diminucion del testador ó que, en una palabra, han sido hechos irritos.

Si septem testium signis signata). Pues el pretor siempre que da la posesion de bienes *secundum tabulas* solo atiende á si el testamento está sellado por siete testigos, ciudadanos romanos, *l.* 12. *in pr. de inj. rup.* Ulp. *tit.* 23. §. 3. *y tit.* 28. §. 5. pues para que valga por derecho pretorio, ó sea por aquel derecho que ha introducido el sello de los testigos debe estar sellado de dicho modo, §. 2. *sup. de test. ord.*

4. *Si modo civis romanus et suæ potestatis mortis tempore*). Para pedir la posesion de bienes en virtud de aquel testamento que ha sido hecho irrito por la capitis diminucion solo exige que el testador sea al tiempo de la muerte ciudadano romano y padre de familias, omitiendo la elegante distincion que nos da Papiniano en la *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* En efecto, debe distinguirse entre si aquel de cuyo testamento se trata habiendo muerto en la plenitud de sus derechos ha sufrido la capitis diminucion máxima ó media, ó bien la mínima. En el primer caso, por ejemplo, si hubiere sido condenado á pena capital y el príncipe le hubiere restituido *in integrum*, como que aquí no ha tenido lugar hecho ninguno del que pueda colegirse que el testador ha mudado de voluntad, no hay razon ninguna porque para la nueva validez del testamento exijamos nada mas sino que el testador haya recobrado su pristino estado, *l.* 6. §. *pen. de inj. rupt. test.* Pienso tambien que el testamento del condenado á pena capital que despues ha sido restituido por indulgencia del príncipe vale de nuevo, no solo por derecho pretorio sino tambien por derecho civil á causa de la comparacion que se hace de estos testamentos con los de aquellos que, siendo cogidos por los enemigos, vuelven á su patria ó mueren en el cautiverio, cuyos testamentos es sabido que por derecho civil recobran su fuerza por beneficio del postliminio ó de la ley Cornelia *d. l.* 6. §. *pen.* á no ser que alguno diga que esta comparacion se refiere al mismo efecto, y no al modo como este tiene lugar. Pero si hubiere sufrido el testador la capitis diminucion mínima, por ejemplo, si despues de haber hecho testamento se hubiere dado en arrogacion no bastará para la nueva validez de aquel y para conseguir en su virtud la posesion de bienes que haya despues muerto el testador siendo padre de familias, sino que además se requiere que el testamento se haya confirmado por alguna nueva declaracion. Y con razon, pues aquel que se da en arrogacion claramente muda su primera voluntad al saber que á una con su persona transfiere tambien sus bienes á una familia agena, segun disputa Papiniano, *d. l. pen.* §. 2. *sec. tab.* debiendo explicarse y suplirse por esto lo que dice Paulo simplemente de que vale el testamento, *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.*

Así tambien piensa Bart. en *d. l.* 6. §. *pen.*

Et tempore mortis in adoptivi patris familia). Súplase *ó en servidumbre ó en la condicion de extrangero*; pues el pretor exige absolutamente que aquel de cuyos bienes concede la posesion haya tenido la testamentifaccion en los dos tiempos de hacer el testamento y de la muerte, sin tener en cuenta el tiempo intermedio. *l.* 1. §. 8. *de bon. poss. sec. tab.* Ulp. *in frag. tit.* 23. §. 5.

«En España de ningun modo puede re« validarse el testamento hecho irrito por « cambio del estado del testador sin una de« claracion de palabra ó por escrito de este, « la que producirá su efecto luego de remo« vida la incapacidad que resultare del refe« rido cambio, *l.* 18. *y* 19. *tit.* 1. *P.* 6.»

TEXTO.

De nuda voluntate.

7. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere: usque adeo, ut et si quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, et aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

TRADUCCION.

De la nuda voluntad.

Mas el testamento no puede invalidarse por solo no querer despues el testador que valga, en tanto que, si despues de hecho el primer testamento, empezare á hacer otro, y ó sobrecogido por la muerte ó por haber mudado de propósito no lo hubiere perfeccionado se dispuso por la oracion del emperador Pertinax que el primer testamento ordenado conforme á derecho no se haga irrito á no ser que el segundo sea tambien ordenado conforme á derecho y perfecto; pues un testamento imperfecto es sin duda nulo (a).

NOTAS.

7. *Id noluerit valere*). A no ser que lo hubiere revocado á lo menos delante de tres testigos, despues de transcurridos diez años desde que lo hizo, *l.* 27. *C. de test.*

Usque adeo). *L.* 2. *h. tit. l.* 18. *de leg.* 3. *l.* 12. §. 2. *C. de test.* Exceptúanse los testamentos imperfectos de los militares, los de los padres entre hijos; y tambien aquellos en que se instituyen herederos los que habrian de suceder ab intestato, *d. l.* 2. *l. tit. d. l.* 21. §. 1. y la *auth. sig. y* §. 2. *C. de test.*

(a) L. 23. tit ...

COMENTARIO.

1. *Un testamento perfecto no se deroga por la nuda voluntad contraria por mas que se declare delante de siete testigos.*
2. *Dase la razon de este derecho.*
3. *Si produce mayor efecto la revocacion motivada que la simple?*
4. *Por que razon ni un testamento posterior comenzado tiene la fuerza de derogar otro de anterior perfecto?*
5. *Limitacion de la doctrina anterior.*

Mejor hubiera estado este §. despues de los §§. 2. y 3. de los cuales es una aclaracion. Manifestó allí el emperador que el primer testamento se rompia por otro posterior perfecto; y aunque de aquí se deduce ya con bastante claridad que la nuda voluntad del revocante no basta para la revocacion del testamento, y que por lo tanto no se rompe el primero aun cuando se haya empezado el segundo si no se ha perfeccionado; con todo, quiso explicar con mayor latitud entrambas cosas, las que explicarémos nosotros aun mas extensamente.

1. *Quod testator id noluerit valere*). Si uno se arrepintiere de su primera voluntad, prefiriendo morir intestado, tiene para ello un medio muy expedito borrando ó rasgando el testamento, ó bien destruyendo los sellos, *l.* 1. §. *pen. unde lib.*; pues tienen mayor fuerza los hechos que las palabras, y si se deja íntegro el testamento, la nuda declaracion de una voluntad contraria no lo anula si está hecho con todas las solemnidades. *l.* 36. §. 3. *de test. mil. l.* 27. *C. de test.* En tanto esto es así que aunque el testador hubiere dicho delante de siete testigos que no quiere que valga el testamento que hizo, no por ello se invalidará, segun insiguiendo la comun opinion dice Claro, §. *testamentum quœs.* 91. Vigl., Myns. y Schneid. *aqui.* Y con razon, pues si el primer testamento no se invalida ni aun cuando el testador empezó á hacer otro pero no lo perfeccionó, cuanto menos se invalidará por una simple revocacion verbal; pues un hecho agregado á la voluntad debe producir mayor efecto que una simple declaracion de la misma? Esto mismo prueba tambien manifestamente la *l.* 27. *C. de test.* en la que Justiniano dispone que solo despues del transcurso de diez años, ó sea despues que han pasado diez años desde lo otorgacion del testamento se invalide este por la revocacion de la voluntad. Ni diga alguno que esta constitucion solo pertenece al caso en que á la revocacion únicamente han concurrido tres testigos, pues que el mismo ...

de exigir Justiniano que concurran á la revocacion á lo menos tres testigos para que invalide el testamento, se comprende bastante que no quiso que se observase otra cosa diferente, si tal vez interviniere mayor número de testigos como cinco ó siete, pues cuanto mayor sea el número que concurra tanto mas cierto será que no habrá menos de tres. Y debe advertirse que el emperador deroga allí la constitucion de Honorio y Teodosio que se halla en la *l.* 6. *C. Theod. de test.* en la que se disponia que por el solo transcurso de diez años se considerase revocado el testamento, esto es, si el testador hubiere vivido diez años enteros despues de hecho el testamento, aunque no se hubiese seguido ninguna voluntad contraria. Modó esto Justiniano de modo que no quiso que por el solo transcurso de diez años se invalidase el testamento, sino tan solo cuando á este transcurso se agregaba una revocacion expresa, á cuya revocacion quiso que concurriesen á lo menos tres testigos, siendo así que en otros casos para la prueba de una voluntad que no sea testamento basta el número ordinario de testigos. Sea cual fuere, pues, el número de estos que concurran, se necesita además el transcurso de diez años para que sea válida la revocacion verbal de un testamento solemne.

2. Pregúntase, empero, la razon de esto; pues parece inicuo que adquiera los bienes del testador uno que este quiso que no los adquiriese; y por consiguiente aunque concedamos que por la razon del derecho estricto pueden los herederos escritos vindicar los bienes, porqué no decimos tambien que pueden ser repelidos por la excepcion de la voluntad acabada del difunto? A esto se responde que es muy peligroso alegar la equidad contra la autoridad del derecho; lo que sin duda se funda en la razon de que no parece haber revocado con bastante seriedad la voluntad expresada en un testamento solemne aquel que la revocó simplemente dejando íntegras las tablas del testamento; pues si hubiese absolutamente querido que no hubiese valido este podia rasgarlo ó borrarlo, ó bien otorgar otro; no habiendo hecho lo cual puede presumirse que se ha arrepentido de la revocacion, de suerte que no sin razon se defiende que debe ser mayor la fuerza de un testamento que el testador dejó íntegro y en su estado que la de una simple declaracion de una voluntad contraria, *l.* 56. §. 3. *de test. mil.*; por la cual sabemos que se observa esto así por lo respectivo á la institucion de heredero, pues por lo que hace á los legatarios si se ha revocado la voluntad son removidos por la excepcion del dolo malo. Acerca del sentido de *d. l.* véase á Ant. Fab. *dec.* 59. *err.* 8.

3. Sentado esto, veamos si es falsa la opinion de Bartolo en la *l.* 18. *de leg.* y la de los doctores que alegan y siguen Claro, §. *testamentum. q.* 92. Viglio. Mynsingero y Schneid. *aqui*, quienes piensan que hay diferencia entre las varias fórmulas de que se vale el testador; y entre que diga: *no quiero que valga el testamento que hice*, ó si ha añadido la causa y estas palabras, *porque quiero morir intestado*. Pues aunque confiesan que una simple revocacion no basta, quieren que valga si es motivada, con tal que haya sido hecha delante de siete testigos. Mas *d. l.* 56. §. 3. *de test. mil.* prueba evidentemente que no hay diferencia ninguna entre que el testador haga uso de esta ó de aquella fórmula. Y á la verdad, si en el mismo hecho de revocar uno su testamento, tácitamente y por una consecuencia necesaria se entiende que quiere morir intestado, la adicion de semejante causa (como que no impide que despues se otorgue otro testamento) no puede hacer que la revocacion tenga mayor fuerza de la que tendria si no se hubiese añadido. Muy bien, pues, dice Mantica *lib.* 2. *de conj. ult. vol. tit.* 15. *n.* 49. sacándolo de Socino que semejante distincion es capciosa para los testadores vulgares que no saben expresar la causa *porque quiero morir intestado*, y que piensa que esto se sigue necesariamente del hecho de revocar el testamento. Mas no debia un varon por otra parte incomparable moverse por dicho argumento á establecer siguiendo á Socino, Baldo, Saliceto en *d. l.* 27. *C. de test.*, y otros que alega, que para la revocacion del testamento basta la simple declaracion de una voluntad contraria hecha delante de siete testigos, cuya opinion ya hemos refutado latamente. El único argumento que en favor de la referida distincion se aduce es la *l.* 4. §. *pen. si. tab. test. mill. ext.* por aquellas palabras: *Vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decere*. Pero no creo haya nadie tan ignorante que no conozca que el jurisconsulto no habla allí de la simple mutacion de la voluntad, sino de aquella que ha sido declarada por medio de algun hecho semejante á los que antes habia explicado, por ejemplo, rasgando, borrando el testamento ó bien rompiendo los sellos, etc. En favor de esta opinion tenemos á Ant. Fab. *dec.* 93. *err.* 6. y á Bacovio *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 10. *thes* 7. Sin embargo, para la invalidacion del testamento nuncupativo creo que bast-

ria la simple declaracion de la voluntad contraria, hecha delante del número legítimo de testigos, *arg. l.* 35. *de reg. jur.* Connan. 9. comm. 7.

4. *Usque adeo*). Esta es una amplificacion. Habia dicho poco há que por la nuda voluntad no podia invalidarse el testamento, lo que, dice ahora que en tanto es verdad, como que ni aunque á la nueva voluntad se agregue el haber empezado otro testamento, no por ello tiene la fuerza de derogar el anterior, sino que tan solo sucede esto cuando el segundo es igualmente perfecto. Aquí, empero, podria tambien parecer igualmente equitativo que en el caso anterior conceder á los herederos legítimos á lo menos una excepcion contra los instituidos en el primer testamento, puesto que tambien consta que están destituidos de la voluntad del testador que empezó á hacer otro testamento, y que murió antes de acabarlo, segun la *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* Pero obsta tambien aquí la anterioridad de las leyes, *l.* 2. *l.* 11. *de inj. rupt. l.* 18. *de leg.* 3. *l.* 21. §. 3. *C. de test. h. text.* Y por otra parte, no se puede tambien decir que en el caso propuesto tampoco los sucesores ab intestato tienen en su favor la voluntad del difunto? En efecto, pues suponemos que en el segundo testamento se han instituido extraños. Por lo que, no pudiendo aquellos, que quiso últimamente el testador, adquirir la herencia en virtud de un testamento imperfecto, para que no vengan por tierra todas las disposiciones que con tanto cuidado se han dado acerca de los testamentos, y para que cualquiera voluntad no tenga la fuerza de testamanto, debe presumirse que aquellos á quienes en algun tiempo prefirió á los herederos ab intestato, los prefiere aun actualmente; y que para este caso dejó íntegro el primer testamento, á fin de que si el segundo no era válido, pudiese la herencia adirse en virtud de aquel. Y esto es lo que dice Pomponio, *d. l.* 18. *de leg.* 3. De que es creible que el testador solo quiso derogar el primer testamento en el caso que valiese el segundo.

Mortalitate præventus). Semejante testamento se llama imperfecto por razon de la voluntad; pues la imperfeccion de los testamentos es de dos maneras: una por razon de las solemnidades, por ejemplo, si hubieren concurrido menos de siete testigos, ó si estos no hubieren sellado ó firmado, ó se ha omitido alguna otra solemnidad: la otra por razon de la voluntad, como si queriendo el testador disponer varias cosas hubiere sido interrumpido por la muerte, ó vuéltose furioso en el mismo acto de testar, *l.* 25. *qui test. fac. l.* 9. *C. eod.* Baldo en la *l.* 21. §. n. 1. 2. y 3. *C. de test.*, en cuyo lugar advierte que el testamento imperfecto por razon de la voluntad y de la disposicion no vale ni entre hijos; lo que nota tambien Cuyacio en *d. l.* 25. sacándolo de Acursio, siendo esta la comun opinion. Vasq. *lib.* 3. *de succ. creat.* §. 2. 9. 62.

Divi Pertinacis oratione). Solian antiguamente los príncipes pronunciar oraciones en el Senado ó enviárselas escritas, y segun el espíritu de las mismas se daban los senadoconsultos, *l.* 16. *de rit. nupt.* Tacit. *lib.* 11. *Annal. c.* 25. dice: *por una oracion del príncipe á la que se siguió un decreto de los padres, los principales Eduos consiguieron el derecho de senadores en la ciudad.* Y estas oraciones de los príncipes se llaman tambien senado consultos, y algunas veces leyes. Así, la oracion del emperador Adriano acerca de la peticion de la herencia, *l.* 22. *de hær. pet.* se llama senado-consulto á cada paso *l.* 20. §. 6. y muchas de las *sig. eod. tit.* Julio Capitolino llama ley á esta misma oracion de Pertinaz, y poco despues senado-consulto, *in Pertinace. cap.* 7. *Dió una ley*, dice, *para que los primeros testamentos no fuesen irritos antes de estar perfeccionados los otros, y para que por esta causa nunca sucediese el fisco*; y poco despues: *Añadió el senado consulto, etc.*

5. *Jure ordinatæ et perfectæ fuerint*). Aquello que se hace legítimamente debe tambien legítimamente disolverse, *l.* 35. *de reg. jur.* De esta razon se vale igualmente Harmen. *tit.* 5. §. 17. De esta regla, empero, han de exceptuarse aquellos testamentos que, aunque imperfectos, valen con todo por derecho singular, como son los de los militares y los de los padres entre hijos. El testamento hecho por derecho militar se cuenta en el número de los imperfectos, *l.* 2. *de injust rupt.*, y por consiguiente tambien el imperfecto se deroga por cualquiera otro de posterior, *l.* 34. §. 1. *de test. mil.*; y con todo, por uno que se hace por derecho militar en segundo lugar se rompe el anterior perfecto, esto es, el hecho segun derecho comun, *d. l.* 2. *y d. l.* 34. §. *ult.* Mas esto proviene de que el testamento militar por privilegio se considera como perfecto ó tiene la fuerza de tal, sin que deba parecer extraño el que se rompa por otro imperfecto segun derecho comun, por cuanto tambien se hace irrito transcurrido un año despues de la licencia. El testamento del padre entre hijos vale por privilegio no menos que el del militar, *l.* 21. §. 1. *C. de test.* Por lo que, si el padre que antes habia hecho un

testamento perfecto, hiciere despues otro entre hijos, aunque este fuere imperfecto derogará, con todo, el primero. Tambien dispuso Justiniano en favor de los hijos que semejante testamento no se rompa por otro de posterior, á no ser este enteramente perfecto, y á no revocarse expresamente el primero, *Nov. 117. auth. Hoc inter C. de test.* Además, si habiendo en el primer testamento perfecto sido instituidas personas extrañas, y en el posterior imperfecto aquellas que sucederian ab intestato, con tal que hayan á lo menos intervenido cinco testigos, se ha dispuesto que derogado el primer testamento valga esta escritura, mas no como á testamento, sino como la última voluntad de un intestado, *d. l.* 21. §. 5.; el efecto de lo cual es que, sin que deduzcan cuarta ninguna los herederos escritos en el primer testamento, son admitidos á la herencia los instituidos en el segundo, quienes mediante el oficio del arbitrio en el juicio de dividir la herencia conseguirán la porcion que á cada uno se le hubiere señalado. Pero qué es lo que el jurisconsulto en *d. l. 2. de inj. rupt.* escribe simplemente que el primer testamento se deroga por otro posterior imperfecto si en él se instituyen los sucesores ab intestato? Esto se refiere al caso en que en el testamento posterior imperfecto en que han sido instituidos los sucesores ab intestato se haya omitido alguna solemnidad que solo se requiere precisamente por derecho civil, mas no por derecho pretorio; por ejemplo, si los testigos no hubieren firmado, ó si el hijo no hubiere sido instituido ó desheredado, pues que tambien por esta causa se llama imperfecto el testamento; y asi se dice en la *l.* 12. §. 1. *cont. tab.* por la razon de que tambien se exige esto entre los otros requisitos prescritos por derecho civil. Decimos, pues, en aquel caso que se rompe el testamento, no por derecho civil sino por el honorario, dando últimamente la posesion de los bienes segun el testamento posterior con tal que este haya sido sellado por siete testigos, *arg. d. l.* 12. §. 1. *cont. tab.* cuya ley interpretó con mucha intencion Bacovio aqui:

«En España no vale el testamento im-
«perfecto *inter liberos*, segun advertimos ya
«en el §. *fin. del tit.* 10.; y por lo tanto no
«romperá otro de anterior perfecto, pues
«la *ley* 22. *tit.* 1. *P.* 6. que establece lo
«contrario está corregida por la *l.* 1. *tit.* 18.
«*lib.* 10. *Nov Rec.*»

TEXTO.

Si Princeps litis causa, vel in Testamento imperfecto institutus fuerit.

8. Eadem ratione expresit, non admissurum se hæreditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit hæredem: neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum: neque ex nulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc divi Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt. *Licet enim*, inquiunt, *legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.*

TRADUCCION.

Si el príncipe fuere instituido por causa de pleito ó en un testamento imperfecto.

Por la misma razon expresó que no admitiria la herencia de aquel que dejase heredero al príncipe por causa de pleito, ni aprobaria las tablas no legítimamente hechas, en las que por la misma causa fuese instituido heredero; ni admitiria el nombre de tal por la nuda palabra, ni conseguiria nada en virtud de escritura ninguna á la que faltase la autoridad del derecho. Segun esto dieron muchos rescriptos los emperadores Severo y Antonino pues, dicen, aunque no estamos sujetos á las leyes, con todo vivimos por ellas.

NOTAS.

8. *Litis causa Principem etc.*). Capitolino *ubi sub.* Pues esto es odioso, *l. pen. de hær. inst.* Plin. *Paneg. cap.* 43. dice: *No serás tu llamado en virtud de un testamento falso ó inícuo.*

Ob eam causam). Porque el testamento no está legítimamente hecho, segun dicen muy bien Cuyacio y Fabroto; lo que no advirtió Acursio ni tampoco Teófilo, puesto que el principe ni aun cuando ha sido instituido heredero legítimamente admite si lo ha sido por causa de pleito.

Legibus soluti). El príncipe no está sujeto á las leyes civiles, *l.* 31. *de legib. l.* 5. *C. de test. Dion. lib.* 53.

Attamen legibus vivimus). Los emperadores en la *l.* 2. *C. Theod. de cond. et proc. dom. Aug.* dicen: *Dictamos las leyes, pero las seguimos.* Plin. *Paneg. cap.* 65. *Tu mismo,* dice, *te sujetaste á las leyes.* Véase la *l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 4. *C de legib. d. l.* 3. *C. de test.*

COMENTARIO.

1. *Si los Príncipes Romanos estuvieron sujetos á las leyes, y en general si lo están los príncipes como á tales y teniendo los derechos absolutos de la magestad?*

Eadem oratione expressit). *El mismo*, dice Capitolino hablando de Pertináz, *d. loc. cap.* 7. *declaró que no adiria la herencia de nadie que se le hubiese deferido por la adulacion de alguno, ó que fuese litigiosa para que fuesen privados de ella los herederos legítimos y necesarios. Y añadió al senado-consulto estas palabras: Es mejor, Padres conscriptos, tener la república pobre que llegar al cúmulo de las riquezas por medio de cuestiones y acciones indecorosas.* Sin duda que con esta oracion quiso el virtuosísimo anciano manifestar al senado, que gobernaria la república de muy diferente manera que su malvado antecesor Comodo; de quien es probable que signió el ejemplo el emperador Domiciano, sobre el cual escribe Suetonio *cap.* 12.: *Confiscábanse herencias del todo agenas si tan solo habia uno que dijese que habia oido al difunto mientras vivia que nombraba por heredero al César.* Contra semejante maldad existe un edicto de Honorio y Teodosio en la *l.* 20. *C. de test.* VINN. La historia de este derecho merece que la tratemos con alguna mayor extension. Augusto fué el primero que solia exigir de sus amigos esta prueba de benevolencia, no disimulando su digusto si alguno se portaba en él mezquinamente ó no le honraba con las palabras, ni su alegria cuando sucedia al contrario, Suet. *Aug. cap.* 66. Casi el mismo ejemplo siguió Tiberio, Tacit. *Annal.* II. 48. Mas para que no pareciere que codiciaba las herencias, ó era poco honesta la causa de la institucion, no las admitia de los desconocidos ni de los padres, sino que en este último caso las restituia con aumento á sus hijos, Suet. *cap.* 66. Caligula fué el primero que codició ávidamente las herencias, rescindió los testamentos en que no se hacia mencion de él, dió muerte á los testadores que vivian muy largo tiempo, y sobornó testigos para que afirmasen que habian oido que se habia nombrado heredero al César, Suet. *cap.* 38. Imitáronle Neron, Tácit. *lib.* 16. *Annal cap.* 43., Vitelio, Suet. *cap.* 14. y Domiciano, *cap.* 12. Trajano imitaba exactamente á Augusto. Plin. *paneg. cap.* 43., como tambien Adriano, Sparc. *cap.* 18., y Antonino Pio, Jul. Capit. *cap.* 8. Despues habiendo Comodo obrado como un principe malvado no se contentó Pertináz con remediar este mal por medio del ejemplo, sino que dió á este fin una ley, Jul. Cap. *Pertin. cap.* 7., á la cual parece referirse Alejandro en la *l.* 3. *de test.* No bastando aun esto para reprimir la codicia de los príncipes, Teodosio el Grande en la *l.* 2. *C. Th. de test. et cod.* repudió enteramente todas las herencias; y lo mismo dispuso en un edicto Teodosio el jóven, *l.* 5. *C. Theod. eod.* HEIN.

Quin litis causa Principem). Es una ley que no debe empeorarse la condicion de nadie por el hecho de un tercero, ni á nadie oponérsele un adversario mas exigente y poderoso, *tot. tit. de alien. jud. mut. cau. fact.* y el *tit. C. ne lic. patent.* (a). A esta ley se sujetó el emperador Pertináz, declarando además que no admitiria ninguna herencia que se defiriese al príncipe por causa de pleito, permitiéndose en cuanto á esto menos á si mismo que á un particular, *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. cau.* (b); pues creyó que era odioso instituir heredero al príncipe por causa de pleito, esto es, en una cosa dudosa y enredada, para que el adversario atemorizado por el nombre del príncipe deje su derecho indefenso, y que era ilícito tomar pié de la majestad imperial para perjudicar á otro, *l. pen. de hær. inst.* Paulo 5. *sent.* 12.

Neque tabulas non legitimè factas). Está dispuesto por la ley que deba instituirse heredero en un testamento justo y que nadie pueda obtener la herencia en virtud de un testamento hecho ilegitimamente. Esta ley quiso un príncipe virtuoso que valiese tambien contra él, y aun respecto de su persona anuló un testamento injusto. Segun esto se ha dispuesto muchas veces que en virtud de un testamento imperfecto ni el emperador puede vindicar la herencia, *l.* 3. *C. de test.* Dice *en que el mismo por dicha causa*; esto es, segun dice muy bien Cuyacio á causa de que no estaba bien hecho, lo que no advirtió Teófilo y Acursio, pues que el príncipe no aprueba aquel testamento en que se le instituye por causa de pleito, aunque esté bien hecho. Dice: *ni por nuda palabra*; y esto, no porque el príncipe no pueda ser instituido heredero nuncupativamente ó en un testamento no escrito, segun piensa Teófilo, sino *ex nuda voce*, esto es, por la nuda voluntad sin las solemnidades del derecho.

Neque ex nulla scriptura, cui juris auctoritas desit). Esta es una cláusula general que comprende tambien los legados y fideicomisos dejados en un testamento no legiti-

(a) L. 15. y sig. tit. 7. P. 3.
(b) L. 17. d. tit.

no. Es indecoroso, dice Paulo en la *l.* 23. *de leg.* 5. que el emperador vindique los legados y fideicomisos en virtud de un testamento imperfecto. Aqui debe tambien referirse lo que el mismo Paulo 4. *sent.* 5. y Ulp. *l.* 8. §. 2. *de inoff. test.* dicen que el testamento en que ha sido nombrado heredero el emperador puede ser redargüido de inoficioso.

1. *Licet legibus soluti simus*). Dion. *lib.* 53. escribe que los príncipes romanos no estaban sujetos á las leyes, lo que el mismo autor interpreta como si dijere que están libres de toda coaccion de las leyes, y que no están obligados por ninguna ley escrita. Del mismo lugar aparece que á la manera que en los tiempos de la república libre se acostumbró alguna vez el librar de alguna ley particular á un ciudadano en consideracion á sus sobresalientes prendas y singular virtud, por ejemplo, que pudiese ejercer una majistratura antes del tiempo prefijado por la ley, ó que pudiese volver á ejercerla dentro de los tiempos prescritos, segun leemos que se hizo con Pompeyo, Africano, Octavio y muchísimos otros; asi tambien posteriormente se dispensó al príncipe de todas las leyes, considerándosele como el mejor de todos los ciudadanos, á cuyo fin se dió una vez expresamente una ley que es llamada ley régia en la *l.* 1. *de const. Princ.* y ley del imperio en la *l.* 3. *C. de test.*; lo que tambien creo que quiere dar á entender Ulpiano en la *l.* 31. *de leg.* Aunque no era necesario insertar este capítulo en la ley régia, pues que en el mismo hecho de transferir por su abdicacion el pueblo todos los derechos de la magestad al príncipe, *d. l.* 1. *de const. Princ.* se sigue necesariamente que el príncipe no estaba obligado por las leyes. En efecto, el príncipe que tiene los derechos absolutos de la magestad nada puede tener superior á sí, ni hombre ni ley segun dice Alb. Gentil en las cuestiones régias. *Dios*, dice Justiniano, *sujetó las mismas leyes al príncipe, al cual envió como una ley animada á los hombres*, *Nov.* 105. *c.* 2. *al fin.* Ahora bien: aquel que es superior á las leyes, á quien estas están sujetas, de preciso debe estar dispensado de ellas, esto es, no debe estar obligado por las mismas: de otra suerte no le estarian sujetas las leyes, sino él á las leyes, y contra aquel que él mismo es la ley no puede dictarse ley ninguna. Por lo que Plinio, *paneg. cap.* 65. dice: *Nadie dictó leyes para el príncipe.* Ni al decir esto entendemos tan solo con Sto. Tomás *q.* 96. *art.* 5. *par.* 1. á quien siguen muchos que el príncipe no está sujeto á las leyes por lo que hace á la fuerza coactiva, sino tambien por lo respecto á la directiva. Y aun mas, solo á esta última pertenece la cuestion, puesto que si se niega que el príncipe esté dispensado de las leyes por lo que hace á la fuerza directiva, es preciso que se establezca que el príncipe está obligado por las leyes, como que se hayan dado para el mismo. Por lo demás, todo esto se refiere tan solo á las leyes civiles, mas no á las naturales y divinas, á las cuales estando sujetos todos los hombres en su calidad de tales, se deduce necesariamente que ó los reyes no son hombres, ó que tambien ellos están sujetos á dichas leyes. No pertenece tampoco este axioma á las leyes fundamentales del imperio, principalmente cuando al entrar á reinar suelen los mismos príncipes jurar su observancia; acerca de cuyas leyes dice Bodino, *lib.* 1. *de rep. c.* 8. *Por lo que hace á las leyes del imperio, estando unidas á la misma majestad, el príncipe no puede derogarlas.*

Attamen legibus vivimus). Aunque si se atiende á la dignidad y á la potestad del imperio es un derecho del príncipe el estar dispensado de todas las leyes civiles, con todo es un deber del sumo imperante vivir conforme á ellas y dar ejemplo de obediencia á las mismas á aquellos para solo los cuales han sido dictadas. Y esto da á entender Paulo, *l.* 20. *de leg.* 5. con estas palabras: *Pues es decoroso á tan grande magestad el observar las leyes de que parece estar dispensado*; y tambien el emperador al decir en la *l.* 3. *C. de test.* *que nada es tan propio del imperio como el vivir conforme á las leyes.* Del mismo modo debe explicarse la *l.* 4. *C. de legib.* y aquello de Plinio *Paneg. ad Trajan. cap.* 65. *Te sujetaste á las leyes, que nadie las dicta para el príncipe*; y tambien aquello: *No es el príncipe superior á las leyes, sino estas al príncipe.* Claudiano en el *paneg. v.* 307. *de quarto consulatu Honorii* reasume así el deber de un príncipe:

In commune jubes si quid, censesve tenendum.
Primus jussa subi: tunc observatior aqui
Fit populus, nec ferre negat, cum viderit ipsum
Auctorem parere sibi. Componitur orbis
Regis ad exemplum: nec sic inflectere sensus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

«Esta cuestion que tan metafísicamente «trata Vinnio sobre si el supremo gobernan«te está ó no sujeto á las leyes civiles, paréceme puede resolverse muy fácilmente dis«tinguiendo primeramente de que clase de

« gobierno se trata. Si suponemos establecido « un gobierno despótico, en que la única ley « sea la voluntad ó mejor dicho el capricho « del déspota ó déspotas que están al frente « de la nacion, (decimos déspotas porque el « despotismo puede hallarse en una monar- « quia, en una aristocrácia y en una repúbli- « ca; la diferencia solo estará en el número « de aquellos) si suponemos, digo, estableci- « do un gobierno despótico, entónces el su- « mo gobernante es superior á todo, aunque « solo de hecho; y ni leyes fundamentales ni « civiles son respetadas por el que se consi- « dera superior á ellas. Pero si damos la hi- « pótesis de otro gobierno posible de derecho, « desde el absoluto hasta el democrático, « entónces deberémos distinguir en el gefe « supremo de la nacion dos caracteres uno « público y otro privado: como á primer « magistrado solo está sujeto á las leyes fun- « damentales, pero como á particular está « obligado á observar las leyes civiles cual « otro cualquier miembro de la asociacion « política ».

TÍTULO DÉCIMO OCTAVO.

Del testamento inoficioso.

CONC. CON EL LIB. 5. TIT. 2. DEL DIG. Y CON EL LIB. 3. TIT. 28. DEL COD. (a).

Continuacion y argumento del título. De donde viene el nombre de inoficioso; y á quien correspondia el conocimiento de esto.

Explícase aquí el otro modo de invalidarse el testamento, á saber, cuando no se rescinde *ipso jure* sino por la sentencia del juez, que falla contra el testamento por razon de inoficioso, que es el remedio que mas arriba al fin del tit. de la desheredacion de los descendientes nos dijo el emperador que nos manifestaria dentro de poco. Muy extenso es este tratado, aunque Justiniano es conciso en él como á cada paso en este libro. Al principio indica la causa de introducir la querella inoficiosa, y en qué razon se funda; luego manifiesta á quienes compete ó no; siguiéndose al fin algunas circunstancias, interviniendo las cuales no puede el testamento ser redargüido de inoficioso ni rescindirse por esta causa. Nosotros, cuyo objeto es aclararlo todo, serémos algun tanto mas prolijos en la explicacion. Tambien recuerdo que al interpretar el §. *ult. de d. tit. de la desh. de los desc.* diferí para este lugar algunas cuestiones que ahora deberémos resolver. Acerca del nombre de *inoficioso* debemos advertir en primer lugar que aunque puede decirse muy bien inoficioso todo testamento en que el testador obra contra el oficio que debia á otro, á la manera que vemos se llama inoficioso el hombre que prescinde del oficio, ú obra contra el oficio que á otro debe, y que por lo tanto, si por ejemplo el testador no dejare nada en su testamento á sus parientes ó á otras personas á quienes debe alguna recompensa conviene tambien este nombre á semejante testamento; con todo, por excelencia se han llamado inoficiosos sólo aquellos testamentos en que no se ha cumplido con el oficio debido á los descendientes, ascendientes y hermanos, ó son aquellos en que los descendientes, ascendientes ó hermanos han sido injustamente desheredados ó preteridos (b). Por lo que sólo á estas personas se ha permitido acusar y redargüir de inoficioso, de modo que si constare que se ha violado el oficio se rescinde el testamento. El conocimiento de esta cuestion correspondió á los centumviros, segun sabemos por Ciceron *lib.* 1. *cap.* 38. *de orat. l.* 13. *l.* 17. *h. t.*, como tambien el de la simple peticion de la herencia, *l. ult. in pr. C. de pet. hær.*; aunque no siempre se observó esto así, puesto que algunas veces, cuando lo exigia el negocio, las partes eran remitidas por el pretor al juez pedáneo, segun se ve por la *l.* 8. § *pen. h. t. l.* 3. §. 5. *de bon. poss. cont. tab.* VINN. Con mayor claridad podia explicarse lo que aquí advierte nuestro autor acerca del nombre de inoficioso. Llámase QUERELLA esta accion porque los parientes no se acusaban ni litigaban, sino que se quejaban. Voss. *Inst. Orat. lib.* 1. *cap.* 6. §.

(a) Tit. 8. P. 6.

(b) L. 1. y sig. tit. 8. P. 6.



b. Opónese *inoficioso* á *oficioso*, cuya palabra explica cuidadosamente Séneca *de Benef. lib.* 5. *cap.* 18. diciendo que así como los *beneficios* se dicen hacerse á los extraños, asi los *oficios* se hacen á aquellos que *están unidos por vínculos de parentesco, por cuya razon deben ayudarse mútuamente* HEIN.

TEXTO.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exhæredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui querentur, aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præteritos; hoc colore. quasi non sanæ mentis fuerint, cùm testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si verè furiosus sit, nullum testamentum est.

TRADUCCION.

Razon de esta querella.

Porque muchas veces los padres desheredan sin causa ú omiten á sus hijos, se ha introducido que puedan redargüir de inoficioso el testamento los hijos que se quejan que han sido injustamente desheredados ó preteridos con el pretexto de que no estuvieron en su sano entendimiento cuando hicieron el testamento. Pero esto no se dice porque verdaderamente fuese furioso, sino que hizo bien el testamento, aunque sin cumplir con el oficio de la piedad: pues si verdaderamente fuere furioso es nulo el testamento.

NOTAS.

Sine causa). La desheredacion está permitida en virtud de ciertas causas, *l.* 7. *de bon. damn.* las cuales de arbitrarias las convirtió Justiniano en ciertas y las redujo expresamente á catorce en la *Nov.* 115. *cap.* 3., disponiendo que se expresase en el testamento una de ellas y que se probase por el heredero, al contrario de lo que sucedia por derecho antiguo, *l.* 5. *h. t. l.* 28. *C. eod.*

Exhæredant vel omittunt). Aquello pertenece á todos los ascendientes y propiamente al padre; y esto á la madre, cuyo silencio se tiene por desheredacion, §. *ult. sup. de exh. lib.*, y asi debe entenderse la *l.* 5. *h. t. de Nov.* 115. *c.* 3. A todos los desheredados, pues, y tambien á los preteridos por la madre es necesario este remedio. El no poder nadie redargüir de inoficioso el testamento del militar es por privilegio, *l.* 8. §. 4. *l.* 27. §. 2. *h. t. l.* 6. *l.* 24. *C. eod.*

Quasi non sanæ mentis). *L.* 2. *l.* 5. §. 1. *eod.* Y por lo tanto, como que no pudieron hacer testamento, *l.* 17. §. 1. *eod.* Con este pretexto ó título se colora la iniquidad de la desheredacion; y por esta razon antiguamente rescindido el testamento por la querella nada del mismo valia, *l.* 8. §. *pen. l.* 28. *eod.* mas hoy dia solo se destruye en cuanto á la desheredacion, quedando subsistentes los legados y demás capítulos, *Nov.* 115. *c.* 5. *al fin. auth. Ex causa. C. de lib. præt.*

COMENTARIO.

1. *A qué descendientes y cuando les es necesaria la querella?*
2. *Tambien puede hacerse la desheredacion por otras causas que las especialmente expresadas en el* cap. 3. de la Nov. 115., *con tal que sean iguales ó mas graves.*
3. *Aunque la desheredacion se haya hecho sin expresion de justa causa, vale el testamento aun hoy dia, siendo para su rescision necesaria la querella contra la comun opinion.*
4. *La preticion de la madre y del abuelo materno surten los efectos de la desheredacion, aun por derecho novisimo.*
5. *Disuélvense las objeciones contrarias.*
6. *Si la misma querella es una accion ó peticion, ó bien un remedio separado de la accion?*
7. *Si en el caso de ser preteridos los hijos por el padre subsisten por beneficio de la nueva ley los legados y demás capítulos excepto la institucion?*
8. *Porqué los antiguos coloraron la querella inoficiosa con el pretexto de la demencia, y si sucede aun lo mismo actualmente?*

Quia plerumque). Muy bien advierte Pacio al márjen que la partícula *plerumque* no afecta al verbo *exhæredant*, sino á las palabras *sine causa*, de modo que el sentido sea que cuando los padres desheredan ó preteren á sus hijos muchas veces lo hacen sin causa, por ejemplo, instigados y seducidos por los halagos de las madrastras, *l.* 3. *y* 4. *h. t.*

Sine causa liberos suos exhæredant vel omittunt). (a) Dice *sine causa*, pues que en virtud de causas justas y merecidas siempre fué permitida la desheredacion; *l.* 7. *de bon. damn.* Dice *desheredan ú omiten*: aquello pertenece á todos los ascendientes y propiamente al padre y abuelo paterno; esto á la madre y abuelo materno. Ni se ha puesto aqui supérfluamente segun piensa Wesembecio, pues aunque la preticion de la madre tiene la fuerza y efectos de la desheredacion, con todo no es verdaderamente tal, §. *ult. sup. de exh. lib.* En el padre es necesaria la desheredacion para que tenga lugar la querella, pues si el padre preteriere á un hijo que tiene en la potestad, el testamento

(a) L. 4. tit. 8. P. 6.

es nulo *ipso jure*, y si á un emancipado se concede al preterido la posesion de bienes *contra tabulas*, *sup. d. tit. in pr. y* §. 3. *y* 5. Además, no cualquier desheredacion da derecho á la querella, sino tan solo la que ha sido bien hecha, pues la malamente hecha, no expresa, ni puramente, ni de toda la herencia se tiene por preterición, *l.* 8. §. 2. *de bon. poss. cont. tab.* Mas si la madre pretiere ó deshereda, de cualquier modo que lo haga, siempre es necesaria la querella para invalidar el testamento, puesto que es válido por derecho civil y el pretor no lo anula, en atencion á que este no creyó deber admitir á la posesion de bienes *contra tabulas* á los desheredados, y tales se consideran los preteridos por la madre, *d. l.* 8. *in pr. cont. tab. d.* §. *ult. sup. de exh. lib.* Asi pues, será necesario este remedio á todos los desheredados y tambien á los preteridos por la madre. Por derecho antiguo no estaban determinadas por las leyes las causas de desheredacion, sino que dependian del arbitrio de los jueces que conocian de esta cuestion, á los cuales correspondia apreciar los méritos del desheredado, *l.* 3. §. 5. *cont. tab.* Val. Max. *lib.* 7. *c.* 8. Justiniano de arbitrarias las convirtió en ciertas, y en la *Nov.* 115. *c.* 3. las redujo expresamente á catorce; y siendo antes permitido al heredero instituido alegar y probar la ingratitud en el caso en que la desheredacion se hubiese hecho simplemente, mudó tambien esto el mismo emperador, de modo que el heredero no pueda suscitar cuestion ninguna acerca la ingratitud, sino cuando el padre hubiere expresamente añadido que desheredaba al hijo por ingrato, *l.* 30. *in pr. C. h. t.* Posteriormente no le pareció esto bastante, sino que además quiso que el testador expresase en el testamento alguna causa de ingratitud, á lo menos una de las que él mismo enumera, imponiendo al heredero la obligacion de probarla; cuando por derecho antiguo se observaba que el heredero tomase voluntariamente sobre sí esta carga, alegando alguna causa cierta, (á lo que se refiere la *l.* 22. y *d. l.* 30. *C. eod.*) los mismos hijos debian probar que siempre habian sido respetuosos y obedientes, *l.* 5. *eod. l.* 28. *C. eod.* De aqui se han originado dos cuestiones: 1.ª Si no debe permitirse la desheredacion por ninguna otra causa por mas que sea tanto ó mas grave, sino por las que se expresan en *d. Nov.* 115. *c.* 3. 2.ª, Si cuando se ha hecho la desheredacion sin expresion de causa es en virtud de dicha constitucion nulo el testamento *ipso jure*, ó si subsiste aun, y para su rescision es necesaria la querella.

2. Por lo que hace á la primera cuestion, aunque parece convenir con las palabras de *d. Nov.* la opinion de Connan. *lib.* 9. *comm* 10. y la de otros que le siguen y que niegan que pueda hacerse la desheredacion por otras causas; con todo, no puedo resolverme á creer que la intencion de Justiniano fuese la que ellos piensan, moviéndome á opinar lo contrario razones de mucho peso. En efecto, si por ejemplo, el mismo hijo no ha dado de golpes á su padre segun el §. 1 *cap.* 3. *de d. Nov.*, sino que ha permitido que se los diesen pudiendo fácilmente impedirlo, y supóngase lo mismo de la injuria, §. 2., si no hubiere el mismo acusado á sus padres, segun el §. 3., sino que hubiese ayudado ó favorecido la acusacion con dinero, consejos ó pruebas; si no puso asechanzas á su padre §. 4., pero no las descubrió pudiendo hacerlo; si no prestó él mismo falso testimonio, pero sobornó á quienes lo prestaron. Y qué dirémos si se ha atrevido á violar el tálamo de su hermano? Qué si comerciare torpemente con prostitutas? etc. Quién negará que el hijo que cometa semejantes maldades ú otras mas atroces es digno de ser desheredado? Pero, se dirá, la desheredacion es odiosa, y por lo tanto no debe favorecerse con la interpretacion, *l.* 19. *de lib. et post. cap. odia* 15. *de reg. jur. in* 6. Mas odioso, empero, es obligar al padre á que deje sus bienes á un hijo impio é indigno. No tengo dificultad en conceder que cuando se trata de una hipótesis, de la escritura del testamento, del hecho del desheredado, de la voluntad del desheredante y otras cosas semejantes á estas no debe favorecerse la desheredacion; pero cuando se trata positivamente de la fuerza é interpretacion de la ley, debe creerse que segun la intencion de los lejisladores es de la naturaleza de las mismas leyes, que no pudiendo comprender todos los casos que pueden ocurrir, comprendan tambien aquellos que fueren semejantes, *l.* 10. *con las* 3. *sig. l.* 27. *de legib.* Ni exceptuamos de esta regla las leyes penales, puesto que tambien son leyes, y á cada paso se hallan respuestas de los jurisconsultos que interpretan tambien las leyes de los juicios públicos del modo que dijimos, *l.* 11. *de pœn. l.* 13. *de testib. l.* 7. §. 2. *de jurid. l.* 7. *ad leg. jul. maj.* §. 3. Tuldeno 2. *jurisp. ex temp. cap.* 5. *pag.* 202. en donde distingue, si es la misma é igual la razon, ó tan solo semejante, *l.* 3. *de leg. Pomp. l.* 2. §. 28. *y sig. ad Sen. Treb.* Se dirá que si se admite esto, el emperador no consiguió su objeto, puesto que aun continuarán siendo inciertas las causas, no siendo tan solo catorce, sino

infinitas. A esto respondo que de aquellas palabras de la constitucion, *para que ademas de las mismas causas de ingratitud á nadie sea lícito en virtud de otra ley alegar sino las contenidas en la série de esta constitucion*, aparece bastantemente cual fué el objeto que se propuso Justiniano; pues el sentido de estas palabras no es otro sino que no sea lícito en virtud de leyes antiguas alegar causas que no están contenidas en dicha constitucion; pero no son tales las que son mayores ó iguales, sino tan solo las mas leves ó de distinta naturaleza, por cuanto las cosas semejantes siempre se han de considerar como expresadas. Hace para al caso el *c.* 1. §. 2. *vers. sed. quia natura. l.* 2. *fend. tit.* 24. *quæ. fuit. prim. caus. bon. amitt.* Y esta es la opinion comun admitida por todos los doctores en la *auth. non licet. C. de lib. præt.* Gomez 1. *res.* 11.

3. En la otra cuestion vencen en número los que para la validez del testamento niegan que baste una simple desheredacion ó hecha sin expresion de causa, requiriéndola para este fin absolutamente calificada; si es cierto, lo cual no tendrá nunca lugar la querella en la línea recta excepto en el único caso en que se haya añadido la causa á la desheredacion ó preterición; y esta fué la opinion de Juan, que refiere la Glosa en la *l.* 3. *h. t.* y que siguen muchos intérpretes en la *auth. Ex causa. C. de lib. præt.* Gomez *d. c.* 11. y últimamente defendida con extension por Bacovio *aqui*. Sin embargo, aunque sea esta la opinion de la mayor parte, no faltan algunos que la critican como de ningun modo conforme con la constitucion de Justiniano, y á la verdad no sin razon á mi modo de ver. En efecto, si se examina con cuidado dicha constitucion se hallará por su contexto que el emperador no trata de lo que pertenece á la solemnidad interna del testamento y al rito de la desheredacion, sino de las causas por las que esta se considera hecha justa ó injustamente, mas la injusticia de la desheredacion no vicia el testamento *ipso jure*. Véanse sino las consecuencias de semejante opinion. De ella se sigue que es nulo el testamento aunque los en él preteridos sean emancipados, y aunque nunca hayan estado en la potestad; que por el nacimiento del póstumo desheredado se rompe el testamento; que la desheredacion de los infantes, y por lo tanto casi de todos los impúberos es de ningun momento; y finalmente que no solo los hijos son herederos suyos de las madres, sino tambien los padres de sus hijos. Y de este modo se borra [illegible] to; se borra el §. 3. y el 5. *y ult. sup. de exh. lib.* y se borran en su mayor parte los títulos de las Pandectas, del Código y de las Instituciones *de inoff. test.*, como tambien la *l. ult. C. de lib. præt.* Quién, empero, creerá que Justiniano derogó tácitamente tantos capítulos del derecho antiguo, siendo así que nunca suele derogar nada del mismo á no ser haciendo expresa mencion del mismo derecho que manda derogar y recomendando el nuevo que establece? Opónense tambien á esto las palabras de *d. const. c.* 3. *al fin y cap.* 4., en donde habiendo dispuesto el emperador que si la desheredacion ó preterición se ha hecho con expresion de causa, y esta la hubiesen probado los herederos, subsiste válido el testamento, ó segun se dice en el original ἐντῇ ἰδίᾳ ἰσχύι διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχύν, (esto es, *subsiste en la propia fuerza, tiene la propia fuerza*) añade que si no se ha observado esto el testamento se hace irrito y se destruye; pues emplea los verbos ἀλυροῦσθαι y ἀνατρέπεσθαι (*rescindir, destruir*) que solo se dicen de aquellas cosas que desde un principio subsistieron; y lo que debe avertirse, que no se destruye enteramente, sino tan solo por lo que hace á la institucion quedando subsistentes los demás capítulos. Luego desde un principio subsistió del todo. Pero por qué remedio se destruirá? No por otro, sin duda ninguna que la querella inoficiosa que es el único recurso que queda á los desheredados. Prueba de esto es la dilijente exposicion de las causas de ingratitud de las que se trata en el juicio de la querella, para cuya exposicion se dió una nueva constitucion. Añádase á esto que si decimos que en el caso de haberse desheredado ó preterido los hijos sin expresion de causa es nulo el testamento en virtud de dicha constitucion, no solo favorecemos á los hijos, sino tambien á los extraños herederos lejítimos del difunto; puesto que ellos serán en caso de que los hijos repudiaren ó murieren antes que el padre, quienes adquieran la herencia del difunto ab intestato con exclusion de los herederos inscritos, quienes de otra suerte en iguales circunstancias habrian sucedido en virtud del testamento. Justiniano, empero, solo quiso favorecer á los hijos para que no les perjudicase la desheredacion, y no á los extraños en perjuicio de los herederos escritos en el testamento. Por último, de lo que se ha dicho que no tuvo por objeto quitar la querella inoficiosa, sino hacerla mas fácil y expedita; y que principalmente trató de evitar que los hijos desheredados ó preteri[illegible] privados de la herencia de sus

padres por la dificultad de probar que habian sido siempre respetuosos. Teniendo, pues, la desheredacion dos efectos por derecho antiguo: el uno el cumplir con una solemnidad interna del testamento paterno para que no sea nulo por causa de la preterición, para cuya objeto basta que haya sido bien hecha, aun cuando sea injusta; y el otro el excluir de la herencia para lo cual se exije además que se haya hecho en virtud de una causa justa, Justiniano solo quiso restrinjir el segundo efecto dejando el primero en su estado. Ya, pues, no se haya expresado por el testador causa ninguna, ya se haya expresado alguna, pero que no sea de las contenidas en *d. Nov.* 115. *c.* 3., ó de estas pero no la probare el heredero, podrá el desheredado entablar útilmente y con exito la querella inoficiosa, y pedir que rescindiéndose el testamento tenga lugar la sucesion intestada.

4. Lo mismo sucederá si los hijós fueren preteridos por aquellos ascendientes cuya pretericion se tiene por desheredacion, como la de la madre y del abuelo materno, aun cuando no se haya expresado la causa; siendo falso lo que muchos establecen como cierto que la pretericion materna no se tiene ya por desheredacion, sino que por esta causa es nulo el testamento lo mismo que si hubiese sido el padre el que los hubiese preterido, á no ser que á la pretericion se añada una causa de ingratitud, introduciendo en este caso en cierto modo la necesidad de la desheredacion en donde no existe la suidad, *l.* 14. *de lib. et post. l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Asi pienso con Viglio *ad rub. hic.* Perez *ad Cod. de lib. prœt. n.* 13 y otros.

5. No es difícil contestar por lo que se ha dicho á los argumentos que aducen los contrarios; pues que muchos de ellos son de la especie que los griegos llaman ἀντιςρέφοντα, esto es, que con ellos puede redargüirse á sus mismos autores. Por lo demás, no es de valor ninguno el que ellos piensan ser de grande fuerza; tal es el que en sexto lugar aduce Bacovio diciendo que es inútil una accion en que el actor no puede sucumbir, etc. luego es inútil, porque nunca pueden dejar de vencer, la accion de inoficioso que se da á los póstumos y á los infantes desheredados, §. 2. *inf. l.* 33. §. 1. *C. h. t.*, y tambien la que en virtud de la constitucion de Justiniano, *l.* 30. *C. eod.* se concede á todos los desheredados sin decir porque han sido ingratos. Pero debieron tener en consideracion que no es en vano que las leyes dispongan que subsista el testamento, para que á lo menos en los casos de que hablé poco há, se lleve á efecto la voluntad del difunto. Del mismo valor es el otro argumento que pone Bacovio á modo de corolario, á saber, que debe dejarse la lejitima á los hijos por título de institucion. Mas por qué no se les haya dejado de este modo se sigue que deba ser nulo, *ipso jure* el testamento? Pero de esto hablarémos despues con mas extension.

Inductum est). El verbo *inducere* introducir, se refiere comunmente al derecho no escrito, ó sea á aquel que proviene de la interpretacion de los prudentes, *l.* 2. §. 5. *de orig. jur. l.* 32. *de legib. l.* 29. *de lib. et post. l.* 2. *de vulg. et pup.* De aqui puede deducirse que la queja del testamento inoficioso no fué introducida por alguna ley escrita, sino por las costumbres, ó lo que es mas probable, por la interpretacion de los prudentes. Cuyacio *lib.* 2. *obs.* 21. la hace derivar de la ley Glicia; pero esto no es probable por cuanto no se concedió á determinadas personas la facultad de entablar esta accion, *l.* 1. *h. t.*; si provieniese, empero, de la ley se habrian expresado de fijo las personas á quienes esta accion debia competer. Además, si se hubiese dado alguna ley acerca de esto no habria habido necesidad de buscar en otra parte un pretexto en el cual fundar la invalidacion del testamento como que fuese hecho por un hombre de no sano entendimiento, pues que entónces se hubierá debido rescindir por solo la fuerza y autoridad de la ley. Este pretexto, empero, no hay duda ninguna que fué inventado por los mismos de quienes provinieron todas las ficciones del mismo género, esto es, por los jurisconsultos. Finalmente, si este juicio se hubiese establecido por alguna ley, sin duda alguna habria hecho mencion de ella Valerio Máximo, *lib.* 7. *cap.* 7. Heineccio, *Antiq. Rom. lib.* 2. *h. t.* §. 5. *pag.* 560. *edit. nova.*

6. *Ut de inofficioso agere possint*). Los jurisconsultos emplean indistintamente las frases de acusar, redargüir de inoficioso el testamento, declararlo tal, quejarse, entablar la querella; segun pueden ver los lectores á cada paso en este título, como tambien las palabras, querella, accion y acusacion; aunque de ninguna otra se hace mas frecuente uso para designar este juicio que del de querella. Es, pues, esta misma una accion ó un remedio distinto, ó sea la imploracion del oficio noble del juez, segun hablan, que tiene por objeto la rescision del testamento, hasta despues de la cual no puede obrarse y reclamarse la herencia? No debemos vacilar en afirmar lo que se dice manifiestamente en tantos lugares que la misma

querella es accion y peticion, y que por ella se impugna el testamento de modo que á la vez se vindica la herencia. Quien redarguye de inoficioso el testamento, dice Papiniano que pide la herencia, *l.* 8. §. 8. *h. t.* y Scévola que entabla una peticion de la herencia, *l.* 20. *eod.* Paulo *l.* 21. §. *ult. eod.* dice que por la querella inoficiosa se vindica la herencia; Ulpiano que se vindican los bienes, *l.* 27. §. 3. *eod.* Trifoniano *l. pen. in fin. cont. tab.* que el hijo desheredado es admitido á la peticion de la herencia con el fin de instituir la querella inoficiosa. Justiniano que por causa del testamento inoficioso se constituye una peticion de la herencia, *l.* 34. *C. eod.* De aqui proviene tambien que aquel que ha de entablar la querella debe admitir la posesion de bienes con el objeto de preparar el pleito, *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *in pr. eod. l.* 2. *C. eod.* Esto no se dirije á otro objeto, sino á que aquel que pide la herencia por la queja inoficiosa parezca que es heredero, aunque en los suyos no es necesaria esta peticion, *d. l.* 7. como tampoco la adicion, *l.* 14. *de suis et leg.* sobre lo que véase á Viglio en la *rubr. y* §. 2. *h. t.* Los intérpretes comunmente, y con ello Sichard, *rub. C. h. t.* piensan que la querella es un juicio preparatorio, por el que se abre la entrada al juicio universal ó sea á la peticion de la herencia, á la manera que la accion, *ad exhibendum* es preparatoria de la reivindicacion; y que de este modo hay aqui dos juicios, uno de los cuales, á saber, la querella va antes, y otro, esto es, la peticion de la herencia sigue despues; lo que es falso, pues el mismo título de inoficioso es una causa por la cual se vindica la herencia, *l.* 5. *C. de pet. hær.* Ni hay aqui dos juicios sino uno solo, por el que se impugna el testamento y se vindica juntamente la herencia, á la manera que por la accion rescisoria de la usucapion se pide que esta se rescinda y a la vez se vindica la cosa, sobre lo que se habla en el §. 5. *inf. de act.* Sin embargo, aunque la querella es una peticion de la herencia, se diferencia en muchas cosas de la simplemente tal, de la que en las Pandectas y el Código se pone un título general despues del *de test. inof.*, el cual seria demasiado prolijo añadir aqui. Solo refutaré dos argumentos con los que parece probarse que la querella no es una peticion de la herencia; el primero de los cuales es este. La peticion de la herencia solo se da contra aquel que no siendo heredero posee como tal, ó como poseedor, nunca contra el heredero ó contra aquel que está en lugar de tal, á saber, el poseedor de bienes, ó el fideicomisario, *l.* 9. y *sig. de hær.* Mas la querella se da contra el heredero inscrito, contra el fideicomisario, *l.* 1. *C. h. tit.* contra el preterido que recibe la posesion de bienes contra el testamento, *l. pen. cont. tab.* A esto respondo que el heredero instituido en un testamento inoficioso no es heredero, y que se obra contra él como que no lo fuese, por cuanto ha sido instituido por uno que se considera no haber tenido la testamentifaccion, *l.* 17. §. 1. *h. t.* y por consiguiente se le considera lo mismo que á uno que posee como heredero ó como poseedor, segun está expresamente dispuesto acerca de aquel á quien se ha restituido en virtud de un testamento inoficioso, *l.* 1. *C. eod.* El otro argumento es este. Toda la peticion de la herencia debe ser ó en virtud de testamento ó ab intestato, *l.* 2. §. 3. *de hær. pet.*; mas la querella inoficiosa no proviene de ninguna de estas dos causas; no de testamento, pues se da á aquellos que por el mismo son excluidos; no ab intestato, porque mientras subsiste el testamento no tiene lugar la sucesion intestada, *l.* 39. *de acq. hær.* Mas de lo que hemos respondido á la objecion precedente aparece que la querella inoficiosa es una especie de peticion de la herencia ab intestato, porque se alega el pretexto de la demencia del testador, como lo es en realidad, si el juez fallare contra el testamento, teniendo entónces lugar la sucesion intestada, y retrotrayéndose todo del mismo modo que nunca se hubiese adido la herencia, *l.* 6. §. 1. *l.* 21. §. 2. *h. t.* Quede, pues, sentado que la misma querella es una accion, á saber, una especie de peticion de herencia por la cual se vindica esta como que fuese deferida ab intestato, por causa del testamento inoficioso; con cuya opinion casi conviene en el efecto lo que Juan Fabro y otros notan aqui que la querella puede acumularse con la peticion de la herencia. De paso añado que puede la querella oponerse como contradiccion ó excepcion; por ejemplo, si el desheredado se halla en posesion de la herencia, y el heredero instituido la reclamare, *l.* 8. §. 13. *eod.* y que por lo tanto puede el desheredado entablar la simple peticion de la herencia, y replicar al que le oponga el título, que se queja del testamento inoficioso, y de este modo introducir la querella á manera de explicacion, Paul. 4. *sent.* 5.

7. *Aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præteritos*). De nuevo une estas dos cosas; desheredar y preterir como poco há, y tambien hace lo mismo Marcelo, *l.* 3. *eod.*; y esto asi porque no solo los desheredados, sino tambien los preteridos pueden entablar

la querella inoficiosa; los preteridos, se entiende, por aquellos ascendientes, cuya pretericion tiene fuerza de desheredacion. Asi, pues, nadie dejará de ver que de estos, los *desheredados* se refieren al padre, y los preteridos á la madre y abuelo materno. Lo que advierto aqui por segunda vez porque no hay causa ninguna para que los intérpretes del modo general é indefinido con que Irnerio concibió la *auth. Ex causa C. de lib. prœt.* de esta suerte: *Por causa de desheredacion ó pretericion es irrito el testamento por lo que hace á la institucion, pues que los demás capítulos quedan subsistentes*; no hay causa ninguna repito, para que de aqui deduzcan que este derecho pertenece tambien á la pretericion paterna, de modo que aunque semejante testamento sea tambien por derecho nuevo nulo desde un principio, solo lo sea, empero, por lo que hace á la institucion; no respecto á los demás capitulos, como son los legados, las libertades, los nombramientos de tutores; y que en esto se ha mudado en el caso propuesto el derecho antiguo, *l.* 1. *l.* 17. *de inj. rup.* En efecto, debieron haber advertido que Justiniano en la *Nov.* 115. *c.* 3., de donde está sacada dicha auténtica habla del mismo modo que en este lugar; pues dispone que no sea licito al padre ni á la madre desheredar ni preterir á sus hijos, á no ser que se les probare que han sido ingratos; lo cual debe aplicarse á quien corresponde, de suerte que al padre no le sea lícito desheredar, ni á la madre preterir; del mismo modo que en este lugar consta que lo uno se refiere al padre, y lo otro á la madre. Dedúcese esto de que en *d. Nov. cap.* 5. declara abiertamente que su objeto es librar á los hijos de la injuria de la desheredacion y de la pretericion. Propiamente empero, es aquella que se hace por la desheredacion, ó por aquella pretericion que tiene fuerza de tal, *l.* 8. *in pr. h. t. l.* 4. *vers. quod. si fuisset, C. de lib. et prœt.* A los preteridos por el padre en realidad no se les hacia ninguna injuria, puesto que anulaban el testamento; mas sí á los desheredados y preteridos por la madre, y aunque la resarcian por medio de la querella inoficiosa; con todo, si se les habia dejado la porcion lejítima por cualquier título que fuese; por mas respetuosos que hubiesen sido los hijos se les hacia aun la misma injuria. Esto es lo que quiso impedir Justiniano, y por esta causa estableció que en lo sucesivo no bastase dejar la lejítima por cualquier título, sino que fuese necesario que los hijos fuesen instituidos herederos ó desheredados. Con todo, como la injuria hecha por la desheredacion ó pretericion se [illegible] rescindiendo la institucion, le pareció tambien que bastaba que solo esta se rescindiese, quedando subsistentes los demás capitulos; siendo asi que antiguamente se rescindia todo por la querella. En nada pertenece esto á la pretericion paterna, en virtud de la cual el testamento ó es nulo desde un principio, ó se rompe por el nacimiento de un heredero suyo, ó se destruye por la posesion de bienes *contra tabulas*; ni puede á ella hacerse extensivo sin un grande perjuicio de los hijos. Cuya opinion siguió Azon y muchos de los antiguos segun atestigua Jason en *d. auth. Ex causa num.* 1. adoptándola Cuyacio en la *l.* 17. *de injust. rupt.* y otros. Hay algunos que piensan que hay diferencia entre el caso en que la pretericion se haya hecho por el padre ignorándolo, y el en que la haya verificado á sabiendas, diciendo que en aquel caso se destruye todo el testamento, y que en este quedan subsistentes los legados y fideicomisos. Véase lo que dijimos *sup. n.* 5.

8. *Hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint*) *L.* 2. *l.* 5. §. 1. *l.* 13. *eod.* Y por consiguiente como que no hubiesen tenido la testamentifaccion, *l.* 17. §. 1. *eod.* De ahi provenia tambien que cuando se habia fallado contra el testamento, nada de lo en él dispuesto valia, *l.* 8. §. *pen. d. l.* 13. *l.* 28. *eod.* Este pretexto, empero, se inventó para que no pareciese que se impugnaba el testamento de un hombre de sano entendimiento, contra la autoridad de la ley de las doce tablas que concedia á los padres de familias una facultad enteramente libre de testar, *l.* 120. *de verb. sing.* Además, por decoro conviene que los hijos coloren con este pretexto la iniquidad de la desheredacion. Bartolo en *d. l.* 13. piensa que no puede alegarse ya esta demencia á causa de que no puede parecer que sea demente aquel que deshereda á un hijo por una justa causa, pues supone él que en ningun otro caso puede tener lugar la querella. Pero aun cuando esto sea asi, qué sucederá cuando la causa alegada sea falsa, y es sabido que se presume tal cuando no la prueba el heredero? Por ventura no es propio de un hombre furioso el imputar contra el amor paternal una falsa causa á un hijo que no lo merece? Sin embargo, debe decirse que hoy dia solo se alega este pretexto del furor con el fin de rescindir la institucion, que es lo principal del testamento, puesto que por beneficio de la nueva ley subsisten los demás capítulos como hechos por un hombre de sano entendimiento, *d. auth. Ex causa.* Asi disputan en este lugar Viglio y Minsingero contra Bartolo. VINN.

Reconociendo el mismo Vinnio que esta ficcion se inventó con el fin de que no pareciese que contra la autoridad de la ley de las doce Tablas se impugnaba el testamento de un hombre de sano juicio, aparece deducirse necesariamente que cese esta ficcion hoy dia. Antiguamente era licito á los padres preterir y desheredar impunemente á sus hijos; sin que estos tuviesen accion ninguna para impugnar los testamentos paternos por mas injustamente que hubiesen sido privados de la herencia. Pareciendo esto algo duro á los jurisconsultos hallaron un modo ingenioso de favorecer á los desheredados injustamente; pues no valiendo los testamentos de los furiosos, impugnaban el de un padre tan inhumano como hecho por un hombre que no estaba en su sano juicio; creyendo que semejante demencia podia colejirse de la desheredacion ó preterición de un hijo morigerado. Si, pues, fué necesario aquel pretexto porque las leyes no daban accion ninguna, hoy dia no habrá necesidad de ella, pues que las leyes aprueban la querella. HEIN.

Non quasi vere furiosus sit). Aquel cuyo testamento se redargüye de inoficioso se llama cuasi demente, no verdaderamente tal, *l.* 2. *l.* 5. *h. t.* pues aquel que deshereda inmerecidamente á un hijo, y el que pretiere á su padre se supone que se diferencia muy poco de un furioso por cuanto no conoce que es hacerse una injuria á sí mismo el hacerla á sus descendientes ó ascendientes. Aquel testamento, empero, que ha sido hecho por uno que es realmente furioso no puede ser redargüido de inoficioso, pues es nulo como hecho por uno que no tiene la testamentifaccion; y por consiguiente prescindiendo del mismo se sucede directamente ab intestato.

Non ex oficio pietatis). Και αυτης τησφυσεως σχεδὸν ἔξελθὼ ἀπὼλεσε τὸν πατὲρα, τὸ φιλόςοργον, τὸ ἥμερον *etc.* es decir: *y obrando contra su misma naturaleza se despojó del nombre de padre, etc.* lo que se distingue en muy poco de la demencia.

« Las catorce causas de desheredacion se« ñaladas por Justiniano en la *Nov.* 115. *cap.* « 3. fueron aprobadas por D. Alonso el Sá« bio en las leyes 4. 5. 6. *y* 7. *tit.* 7. *P.* 6. A « ellas se añadió otra por la real pragmática « de 1776, en virtud de la cual puede ser « desheredado un hijo menor que contrajere « matrimonio sin obtener antes el consenti« miento de su padre, como tambien los que « contrajeren matrimonio clandestino, *l.* 5. « *tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Rec.* Además como en« tre nosotros no hay diferencia ninguna en« tre los hijos suyos y los emancipados, ni « entre los descendientes por parte de padre, « y los por parte de madre segun mas arriba « dijimos §. 5. *y* 7. *tit.* 13. solo compete la « querella á los desheredados con expresion « de una causa falsa; mas no á los preteri« dos, aunque lo hayan sido por el padre « emancipante ó por la madre y estos hayan « instituido otros herederos, pues que en este « caso siempre será nulo el testamento, *l.* 1. « *tit.* 18. *P.* 6. y asi tambien cuando la des« heredacion fuere hecha sin expresion de « justa causa, *l.* 10. *tit.* 7. *P.* 6. y en ella « Lopez *glosa.* 5. No obstante Covar. *cap.* « *Raynutius de test. in prin. n.* 7. duda al« gun tanto sobre este último caso. »

« Segun derecho de Cataluña, además de « las causas de desheredacion establecidas « por derecho romano, queda desheredado el « hijo por el mero hecho de casarse ó de ha« cerse religioso sin el consentimiento del pa« dre ó de aquellas personas á quienes cor« responda prestarlo y lo queda enteramente « sin que pueda pretender nada á título de leji« tima, Don. *tom.* 1. *pag.* 129. *y sigui.* Comes « *num.* 1. *l.* 31. *y sig.* Además el testamen« to en Barcelona no será nulo ni podrá anu« larse aun cuando las personas que segun de« recho comun deben instituirse ó deshe« darse sean preteridas ó desheredadas (sin « justa causa debe esto entenderse, pues de « lo contrario fuera ociosa semejante preven« cion de la ley), ó no se haga mencion al« guna del póstumo ó póstuma, con tal que « el testador tenga la testamentifaccion é ins« tituyere herederos capaces. *Const.* 1. *tit.* 1. « *lib.* 6. *vol.* 7. Véase lo que dijimos sobre « esta Constitucion mas arriba al principio « del título décimo tercio. Siempre, empero, « les quedará á las referidas personas íntegro « el derecho de reclamar su porcion lejitima, « aunque segun *d. const.* no podrán nunca « rescindir la institucion de heredero ni de« más capítulos del testamento. Asi es que la « querella no podrá nunca tener otro objeto « que la reclamacion de la porcion lejitima, « contra lo que segun derecho comun se ob« servaba. Debemos con todo, advertir que « la constitucion citada únicamente rije en « Barcelona y demás lugares que gozan de « sus privilejios; y asi en todo el resto del « principado será preciso que en el testamen« to se haga mencion de aquellas personas « que tienen derecho á la porcion lejitima, « aunque no sea por título de institucion; de « lo contrario, si fueren del todo preteridas, « el testamento será nulo. Disposicion muy « equitativa y que debiera hacerse extensiva « á toda Cataluña, pues puede suceder, ó á

«lo menos benignamente presumirse que el
»testador haya preterido á dichas personas
«por olvido, y que si hubiese pensado en
«ellas probablemente las hubiera instituido.»

TEXTO.

Qui de inofficioso agunt.

1. Non autem liberis tantùm permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberorum parentibus. Soror autem et frater turpibus personis scriptis hæredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes hæredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

TRADUCCION.

Quienes entablan la queja inoficiosa.

No solo, empero, á los hijos es permitido el acusar de inoficioso el testamento de sus padres, sino tambien á estos de sus hijos (a). La hermana y el hermano son preferidos por las constituciones imperiales á las personas torpes que hayan sido instituidas herederos. Así pues, no pueden obrar contra cualesquiera herederos. Los parientes mas remotos que los hermanos y hermanas no pueden obrar de ningun modo, ó obrando vencer (b).

NOTAS

1. *Inofficiosum accusare*). Para nuestros autores es lo mismo acusar, redargüir de inoficioso el testamento, entablar la querella, etc. Por una sola y misma accion, empero, se pide que se rescinda el testamento, y se reclama la herencia ab intestato, *l.* 8. §. 8. *l.* 20. *l.* 21. §. *ult. l.* 27. §. 3. *eod.*

Etiam parentibus). *L.* 5. *eod.* Por cuanto no menos á ellos que á los hijos debe dejárseles herederos si se perturba el órden de la naturaleza, premuriendo estos últimos, *l.* 25. *eod. l.* 7. §. 1. *si tab. test.* Concédese, empero, la querella no solo al padre, sino tambien á la madre, *d. l.* 5. *l.* 14. *y sig. eod.* sin que haya diferencia entre los desheredados y preteridos, con tal que lo hayan sido injustamente; pues que en virtud de una de las ocho justas causas que se enumeran en la *Nov.* 115. *cap.* 4. pueden útilmente ser desheredados, con tal que se exprese dicha causa.

Soror et frater). Entre los hebreos, los uterinos no eran tenidos por hermanos, Mos. Maimon.

Aut agentes vincere). Mas si obraren y vencieren por no repelerles nadie, aprovechará su victoria á los próximos parientes ab intestato, *l.* 6. §. 1. *eod.*

(a) L. 1. tit. 8. P. 6.
(b) L. 2. tit. 8. P. 6.

COMENTARIO.

1. *Qué hijos pueden entablar la queja inoficiosa?*
2. *Por qué razon se da tambien esta accion á los padres; á quienes y cuando se les da?*
3. *Parece ser tanto contra la razon del derecho antiguo como contra la del nuevo, el que luego despues de los hijos sean los padres admitidos á la querella, cuya dificultad advierten pocos.*
4. *Si por derecho novísimo deben los hermanos ser admitidos á la querella á una con los padres, ó si á lo menos les aprovecha la victoria de estos?*
5. *Si los hermanos uterinos deben hoy dia concurrir con los consanguíneos, ó si venciendo estos deben aquellos ser admitidos á la sucesion intestada?*
6. *Si los espúreos se consideran personas torpes en la cuestion propuesta.*

1. *Non autem liberis tantùm*). La querella inoficiosa compete en primer lugar á los hijos; y con razon, puesto que ellos son preferidos á todos en la sucesion intestada, pues la razon natural como una especie de ley tácita les adjudica la herencia de sus padres, llamándoles á una sucesion que les es como debida, *l.* 7. *de bon. damn.* Concédese á todos los hijos de cualquier grado ó sexo que sean, tanto á los emancipados como á los constituidos en potestad, *l.* 7. *h. t. l.* 8. *in pr. cont. tab.* y hasta á los que nunca estuvieron en ella, §. *ult. sup. de hexhær. lib.*; tanto á los adoptivos como á los naturales, con la distincion, empero, que se hace en la *l. pen. C. de adopt.* Respecto del impúber arrogado hay de especial que no puede entablar la querella por cuanto tiene ya la cuarta por la constitucion de Divo Pio, *l.* 8. §. 15. *h. t.* Concédese tambien á los lejitimados, segun el §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 89. Se da no solo á los hijos ya nacidos, sino tambien á los póstumos, y tanto á los agenos como los suyos, *l.* 6. *in pr. eod.* §. *sig. al fin.* en donde nos extenderémos mas. Casi es superfluo advertir que la querella solo compete á aquellos hijos que tienen el derecho de suceder, pues que los que no lo tienen, como que no se les debe la lejítima, tampoco les competerá aquello. Por consiguiente, los hijos ilejítimos ya sean habidos del vulgo, ya de una concubina no pueden redargüir de inoficioso el testamento del padre; pero si el de la madre, *l.* 29. §. 1. *eod.* Véase á Bart. Salic. y Castr. en la *l. pen. C. ad Sen. Orfic.* El que nadie pueda entablar la querella contra un testamento de un militar es por privilejio, *l.* 27. §. 2. *eod. l.* 9. *l.* 24. *C. eod.* Muchos doctores dicen en dicha *ley.* 9. que actualmente tambien los testamen-

los militares están sujetos á la querella, y que asi se observa. Autumn. *ibid.*

2. *Liberorum parentibus*). Despues de los hijos compete la querella á los padres en segundo lugar (a); pues aunque á los padres no se les debe la herencia de los hijos por sus deseos, y á causa de su natural amor hácia los mismos; con todo si se perturbare el órden de la naturaleza no se debe menos á los padres que á los hijos; segun dice muy bien Papiniano en la *l.* 15. *h. t.* Esto, empero, tiene el sentido de que el órden de la naturaleza, y el amor y deseos de los padres sean de que los hijos les sobrevivan, y por lo tanto que aunque la herencia de estos no se deba á los padres, que solo son admitidos por conmiseracion, de la misma manera que la de los padres á los hijos que son llamados por la naturaleza y juntamente por los deseos de aquellos, segun escribe el mismo Papiniano en la *l.* 7. §. 1. *unde lib.*; con todo, si se perturba el órden de la mortalidad, esto es, si acontece que los hijos premueran á sus padres, la piedad ó conmiseracion exije que no sean excluidos estos de la herencia luctuosa de aquellos. De aqui deducimos que obran contra el oficio de la piedad aquellos hijos que desheredan ó pretieren sin causa á sus padres, y que por dicha razon competerá á estos la querella inoficiosa. Concédese esta, empero, á todos los ascendientes, ya varones, ya hembras, *l.* 1. *l.* 14. *y sig. eod. l.* 17. *C. eod.*, que ó por el derecho civil ó por el honorario habrian sido llamados á la sucesion de sus hijos, pudiendo por lo que se ha dicho acerca de estos saberse lo que sobre esta materia debe observarse. Ni hay ninguna diferencia entre que los padres hayan sido desheredados ó preteridos; pues que en la linea de los ascendientes y de los colaterales no se distinguen estas dos cosas. Con todo, para que la desheredacion ó preterición produzca aqui su efecto, y esté libre el testamento de toda impugnacion, debe tambien hacerse con expresion á lo menos de una de las causas por las que Justiniano permitió desheredar ó preterir á los padres, *Nov.* 115. *cap.* 4. Semejantes causas solo son ocho que se enumeran por su órden en el *cap.* 4. §. 1. *y sig. de d. Nov.* Son en menor número que las señaladas para la desheredacion de los hijos, á causa de que se conceden á los padres muchas cosas para con sus hijos, que si estos las cometen para con aquellos mereced ser castigados (b).

3. Lo que no carece de dificultad es la admision de los padres á la querella luego despues de los hijos, ya atendamos á la razon del derecho antiguo, ya á la del nuevo justiniáneo, pues antes de la nueva ley de Justiniano parece que los hermanos fueron preferidos en la querella á los padres, *arg. l.* 4. *de bon. quæ lib. l.* 2. *C. ad Tert. l. ult. C. comm. de succ. pr. sup. quib. non est. perm. test. fac.*, en cuyos lugares leemos que solo despues de los hermanos es el padre llamado á la sucesion intestada. Ahora bien: la razon del derecho exije absolutamente que por el mismo órden con que uno es llamado á la sucesion por la ley, por el mismo sea tambien admitido á la querella, por la cual tiene lugar la sucesion intestada; pues cuanto es mejor la condicion de alguno en la sucesion, tanto mayor es la injuria que se le hace desheredándole ó pretiriéndole. Supóngase, pues, que teniendo Ticio un padre y un hermano los pretirió á entrambos nombrando un heredero de sus bienes castrenses. Qué cosa tan absurda podemos decir como que únicamente el padre puede entablar la queja inoficiosa, y que con exclusion del hermano consigue la herencia, á la cual, si no se hubiese hecho testamento hubiera sido tan solo llamado el hermano con exclusion del padre? *d. pr. vers. si vero. sup. quib. non est. pers.* Yo no tengo duda ninguna en que esto se dispuso posteriormente por los príncipes, sin echar de ver la perturbacion del derecho antiguo que de ahí se seguiria; pues si se trata del derecho que se refiere en las Pandectas, el hijo de familias no podia tener heredero *ab intestato*, sino que el padre por derecho de peculio ocupaba los bienes que habian sido del hijo (y este no tenia otros que los castrenses y cuasi castrenses), *l.* 2. *l.* 9. *de castr. pec.* Mas si el hijo segun le estaba permitido hacia testamento de dichos bienes, semejante testamento no estaba sujeto á la querella, cuyo derecho confirmó tambien Justiniano, *l. ult. C. h. t.* Con todo, despues lo derogó en la *Nov.* 115. *cap.* 4. *in pr.* segun lo manifiestan aquellas palabras, *in quibus habet testandi licentiam*. En la sucesion, empero, del hijo emancipado era preferido el padre manumisor á los hermanos del difunto, y en todo era de mejor condicion el padre, de modo que no es de estrañar que en la querella fuese tambien preferido el padre, de todo lo que trato mas latamente en el §. *ult. inf. de leg. agn. succ.* La madre fué llamada á la sucesion lejítima de los hijos en virtud del senado-consulto Tertuliano, de modo, empero, que era excluida por los hermanos consanguíneos §. 5. *inf. de sen. Tertull.* de

(a) L. 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec
(b) L 11. tit. 7. P. 6.

donde parece seguirse que fueron tambien admitidos á la querella antes de la madre; aunque nada puede establecerse de cierto.

4. Por derecho novísimo, desde que se dispuso que los hermanos del difunto fuesen admitidos á una con los padres á la herencia, *Nov.* 118. *cap.* 2. parece deber decirse que en union con los mismos son admitidos á la querella, ó si esto no quiere admitirse, que á lo menos deben ser admitidos los hermanos en caso que repudiare el padre y fuere instituida una persona torpe, puesto que entónces puede el hermano entablar por derecho propio la querella. Sea de ello lo que fuere, lo que debe estar puesto fuera de toda duda es que la victoria de los padres aprovecha tambien á los hermanos, no habiendo razon ninguna para que rescindido el testamento, y teniendo lugar la sucesion intestada sean los mismos excluidos. Y de esta opinion son tambien Juan, Fabiano, Angelo, Baron y Minsingero *aqui*, aunque Viglio y Tuldeno *tit. de hær. quæ ab int. cap.* 8. sean de otro parecer y piensen que de este modo se elude la ley; pues esto es falso, por cuanto el espíritu de la ley es principalmente que los hermanos sucedan *ab intestato* á una con los padres, *d. Nov.* 118. *cap.* 2. Ni es nuevo que uno por medio de un tercero perciba alguna ventaja que por sí mismo no habria percibido, *l.* 55. *de acq. hær. l.* 10. §. *ult. cont. tab. l.* 5. §. 2. *ad SC. Tertull.*

5. *Soror autem et frater*). *L.* 1. *h. t. l.* 21. *C. eod.* Entiéndense aqui los hermanos germanos y los consanguíneos ó sea los de un mismo padre, pues que los uterinos están enteramente excluidos de la accion inoficiosa contra el testamento de su hermano ó hermana, *l.* 27. *C. eod.* Actualmente, empero, concurriendo en la sucesion los hermanos uterinos con los consanguíneos, es consiguiente que tambien concurran con los mismos en la querella, ó que á lo menos, venciendo estos sean admitidos juntamente á la sucesion intestada.

5. *Turpibus personis*). *D. l.* 27. *C. h. tit. l.* 3. *C. Theod. eod.* Asi que, la querella no se concede á los hermanos, simplemente por haber sido preteridos, sino por haber sido pospuestos á una persona torpe, y por lo tanto, en odio al heredero escrito (a). Definiéndose, empero, por Constantino la persona torpe *aquella que tiene una mancha de torpeza, infamia, ú otra leve nota*, se ha preguntado si los espúreos deben tambien considerarse en dicho número. Algunos autores sostienen que no, diciendo que ni son infames de derecho, ni ellos mismos han cometido delito ninguno que perjudique su reputacion entre los varones honrados. En la *l.* 26. *de pœn.* se dice *que el crímen paterno no debe causar mancha ninguna al hijo*; y S. Agustin *cap. undecumque dist.* 56. dice, *que el nacimiento por el que no se puede culpar á nadie no debe servir de pena; y de quien quiera que nazcan los hombres son honrados, si no imitan los vicios de sus padres.* Con todo, aunque esto sea cierto, no puede negarse que tienen los espúreos alguna mancha ó nota; no por el hecho de nacer tales, sino por el vicio y defecto de su nacimiento, por lo que les acompaña toda la vida el oprobio, que no pueden evitar, segun escribe Plutarco *lib. de educ. lib.*; de modo que difícilmente puede defenderse que deba tenerse por persona íntegra y legal, segun dicen, el habido del vulgo, y el nacido de una union reprobada por todas las naciones, que no tiene parientes, familia ni padre; sobre lo que discurre elegantemente Arnisco. *lib.* 2. *de repub. cap.* 2. *sect.* 15. Tampoco convengo con lo que Covarr. 2. *de spons.* 8. *n.* 11. establece de que la prostituta, que posteriormente se casó, no debe tenerse por persona infame, á causa de que la antigua deshonra se borra con el matrimonio; pues la torpeza, que despues se interrumpe, no debe decirse que desaparece, *l.* 43. §. 4. *de rit. nupt.* quedando aun á la prostituta algun borron en su decoro. El hermano, empero, excluye á todas aquellas personas que están manchadas con alguna leve nota. La penitencia y la enmienda de la vida borran la mancha del delito delante de Dios, pero no delante de los tribunales de este mundo, *l.* 65. *de furt. l.* 5. *de vi bon. rapt.* Mas no en el mero hecho de haber sido instituida una persona torpe es el hermano admitido á la querella, pues que puede suceder que tenga él la misma torpeza que el heredero escrito, y en este caso nada podrá objetarle, *arg. l.* 11. *C. h. t. l.* 47. *sol. mat.* Tambien es excluido el hermano por ingratitud por las tres causas expresadas en la *Nov.* 22. *cap.* 47. (b), bastando que dichas causas las alegue y pruebe el heredero, aunque el testador no las hubiere expresado; pues en nada se ha derogado el derecho antiguo en esta parte, Gudelino *de jur. nov. lib.* 2. *c.* 8. VINN. Recuerdo que en una disertacion *de levis notæ macula* demostré que en la *l.* 27. *C. h. t.* no venian comprendidos los espúreos. HEIN.

Ultra fratres et sorores). A los parientes

(a) L. 2. tit. 8. P. 6 l. 12 tit. 7. P. 6

(b) D. l. 12. vers. Pero.

mas lejanos que los hermanos les aconseja Ulpiano, *l. 1. h. t.* que no hagan gastos supérfluos, por cuanto no tienen esperanza de triunfar en la causa de inoficioso (a). Segun esto debe explicarse lo que Justiniano dice aqui simplemente que de ningun modo pueden entablar la querella, ó entablándola vencer; y tambien lo que Diocleciano y Maximiniano disponen en la *l. 21. C. eod.* de que ninguno de los colaterales, excepto el hermano y la hermana, sea admitido á la querella inoficiosa, es decir, que no son admitidos á entablarla, ó que si la entablan no vencen, si se les opone la excepcion de que aquella no les compete. Sin embargo, si la entablaren, y no oponiéndoseles nadie salieren triunfantes se rescinde el testamento, y suceden ab intestato, *l. 6. §. 1. eod.* La *Nov. 118 cap. 3.* de Justiniano suscitó otra cuestion semejante á las anteriores al admitir á la sucesion á los hijos de los hermanos premuertos en union con los hermanos del difunto, cuya cuestion debe decidirse lo mismo que las precedentes. VINN. Es esto por derecho nuevo desde que se introdujo la porcion lejitima; pues por derecho antiguo tambien los agnados y cognados mas remotos, y hasta los amigos extraños podian entablar la querella, segun se deduce claramente de Valer. Maxinelo, *lib. 7. cap. 6.* Véanse nuestros *aut. Rom. h. t.* §. 7. HEIN.

«Segun la *l. 7. tit. 8. P. 6.* aunque la «queja sea introducida por hermanos del «testador, habiéndoles preferido persona tor-«pe, se revoca el testamento solo en cuanto «á la institucion de heredero, pues respecto «á lo demás, es decir, las mandas, legados «y fideicomisos es válido contra lo dispuesto «por Justiniano, *Nov. 22. cap. 47.* Debemos «tambien advertir que contra lo que Vinnio «opina, nos parece que entre nosotros no se «deben considerar por personas torpes los «espúreos, ya porque la ley reputa á todos «los ilejítimos como lejítimos para los efectos «civiles, ya porque repugnan á los principios «de eterna justicia y á las luces del siglo en «que vivimos hacer pesar sobre una persona «el castigo de una falta que no ha cometido «aun cuando debiera indirectamente refluir «sobre su verdadero autor, cosa que estaria «muy lejos de suceder en el presente caso.»

«Tambien se deshereda en Cataluña á los «ascendientes por las mismas justas causas «señaladas en la *Nov. 115. cap. 4.*; pero no «pueden rescindir el testamento con tal que «en él se haga mencion de los mismos, aun-«que no sea por derecho de institucion; «quedándoles, empero, siempre salvo el de-«recho sobre la lejítima. *Const. 2. tit. 34.* «*lib. 6. vol. 1. Const. de Cataluña.*»

(a) L. 2. tit. 8. P. 6. al fin.

TEXTO

Qui alio jure veniunt, de inofficioso non agunt.

2. Tam autem naturales liberi, quàm secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

TRADUCCION.

Aquellos que tienen otra accion no pueden entablar la querella.

Tanto los hijos naturales como los adoptados, segun la division de nuestra constitucion pueden entablar la querella inoficiosa si no son llamados á los bienes del difunto en virtud de algun otro derecho; pues aquellos que en virtud de otro derecho suceden á toda la herencia ó parte de ella no tienen esta querella. Tambien la tienen los póstumos que no pueden suceder en virtud de ningun otro derecho.

NOTAS

2. *Naturales liberi*). Esto es, habidos de justas nupcias: véase mas arriba *al pr. del tit. de adopt.*; á los cuales se han igualado los posteriormente lejitimados, *Nov. 89.* El testamento de la madre, empero, puede ser redargüido de inoficioso tambien por los espúreos, *l. 29. §. 1. eod.*

Nostræ constitutionis divisione). Los adoptados por un ascendiente tienen la querella; mas no los que lo han sido por un extraño. *D. const.* es la *l. pen. C. de adop.*

Alio jure veniunt). Asi pues, los impúberes arrogados no pueden quejarse porque tienen la cuarta por la constitucion de Divo Pio *l. 8. §. 15. h. tit.*; ni tampoco los hijos suyos ó emancipados que han sido preteridos por el padre, porque la pretericion de los primeros hace que el padre muera intestado, y los segundos tienen la posesion de bienes contra el testamento, *sup. de exh. lib.*; por cuya causa se llama la querella el último recurso, *l. ult. C. de lib. præt.*

Posthumi qui nullo alio jure). Y por lo tanto solo en el caso en que hayan sido desheredados; pues que los póstumos y cuasi póstumos suyos rompen el testamento naciendo ó cuasi naciendo, y los concebidos del hijo despues de la emancipacion tienen la posesion de bienes, *l. 1. §. 1. l. 3. pr. cont.*

tab. §. 12. *y* 3. *sup. de exh. lib*. Los demás póstumos agenos no tienen otro remedio, *l*. 6. *h. tit*.

COMENTARIO

1. *En qué razon se funda que aquellos que pueden suceder en virtud de otro derecho no sean admitidos á la querella?*
2. *Por qué razon se concede la querella al padre manumisor, siendo así que tiene la posesion de bienes* contra tabulas?
3. *Cuando es necesaria la querella á los póstumos, y si lo es aun hoy dia?*

Secundum nostræ constitutionis divisionem). Habla de la constitucion que se halla en la *l. pen C. de adop*. y de la que se hace frecuente mencion en estos libros §. 2. *sup. de adop*. §. 3. *sup. de exh. lib*. §. 1. *tit. prec*. §. 14. *inf. de hæred. quæ. ab int*. Con esto da á entender que en virtud de su constitucion solo pueden entablar la querella aquellos hijos que han sido dados en adopcion por el padre natural una á persona no extraña, por ejemplo, el abuelo ó bisabuelo materno. Varias veces hemos advertido ya que en nuestro derecho se observa constantemente que cuando los hijos naturales se oponen á los adoptivos, se entienden por aquellos los nacidos de justas nupcias, *l*. 1. §. 6. *unde lib. l*. 1. §. 2. *de suis et legit*., aunque tambien los naturales y lejítimos, y por lo tanto los espúreos pueden redargüir de inoficioso el testamento de la madre, *l*. 29. §. 1. *h. tit*.

1. *Quia ad hæreditatem et alio jure veniunt, de inoficioso agere non possunt*). Esto es creible que se introdujo para que en lo que posible fuese, quedando á salvo el derecho del desheredado ó del preterido, se tuviese en consideracion el buen nombre de los testadores, á los que al achacarles el pretexto de la demencia se les atribuye tambien en realidad que no obraron conforme á humanidad. Además, la querella es un remedio extraordinario y subsidiario, el cual no suele concederse á aquel que tiene un recurso ordinario y comun, *l*. 16. *de min*. Por consiguiente, aquel que pueda anular, romper ó hacer irrito el testamento no tendrá la querella á no ser que tal vez hubiere una justa causa para dudar si el otro medio le es igualmente ventajoso; pues que entónces le será lícito elejir, *l*. 8. §. 12. *h. tit. l*. 7. §. 3. *de dolo*., y si uno por ejemplo, hubiere reclamado la nulidad y hubiere sido vencido podrá despues entablar la querella *l*. 16. y en ella Sichard *C. eod*. Por la misma razon, preteridos los hijos emancipados, como que por derecho honorario son admitidos á la posesion de bienes contra el testamento, no podrán entablar la querella, *l*. 23. *eod*. En una palabra, solo tendrán esta accion aquellos que están destituidos de todo otro ausilio civil y pretorio; por cuya razon se llama la querella inoficiosa el último recurso, *l. ult. C. de lib. præt*. Pero tal vez preguntará aqui alguno por qué razon al padre preterido por el hijo emancipado se le da la querella inoficiosa, siendo asi que puede pedir la posesion de bienes contra el testamento del hijo, *tit. si á patre quis manum*. La respuesta, empero, es óbvia diciendo que esta posesion de bienes no se concede al padre como á tal, sino en su cualidad de manumisor y patrono; pues el emancipado por el padre es por lo que hace á la posesion de bienes *contra tabulas* de igual condicion que el liberto, *l*. 1. *d. tit. in. pr*. Como á patrono, pues, obra *contra tabulas*, y como á padre tiene la queja inoficiosa, siendo tambien muy diferente esta posesion de bienes *contra tabulas* de aquella de la que son excluidos los desheredados y á semejanza de estos los preteridos, *l*. 8. *in pr. cont. tab*.; la cual no pertenece á los padres sino tan solo á los hijos preteridos por el padre, y principalmente á los emancipados, *l*. 1. y á cada paso en *d. tit*. Tambien debe tenerse en consideracion que la posesion de bienes que á ejemplo del patrono se da al padre, no es un remedio del mismo valor ni tan pleno como la querella; pues por esta se rescinde todo el testamento, cuando por aquella muchas veces solo se consigue la posesion de una parte determinada *l*. 5. *si á par. quis man*. No debe, empero, perjudicar al padre, siendo tal, el tener los derechos de patronato, segun dice el jurisconsulto en *d. l*. 1. §. *ult. eod*. y es trivial en nuestros autores aquello de que puede con un remedio ordinario concurrir otro extraordinario siempre que este sea mas pleno y expedito. Es verdad que aquellos que querian entablar la querella recibian tambien la posesion de bienes, pero tan solo aquella que era necesaria á los mismos para preparar el pleito á fin de que pareciese que se apoyaban en un título justo, y que en virtud del mismo adquirian la herencia, *l*. 6. §. *ul. l*. 7. *l*. 8. *in pr. h. tit*. Sin embargo, esta posesion no producia ningun efecto; pues que por ella no se quitaba la de los bienes á los herederos escritos, *l*. 2. *C. eod*. de lo que hicimos mencion ya mas arriba al principio de este título.

3. *Posthumi, quoque qui nullo alio jure*). Es sabido que por derecho antiguo todos los hijos desheredados fueron en esta materia de igual condicion, de modo que ni por dere-

-cho civil, ni por el pretorio anulaban el testamento de sus padres, quedándoles por único recurso la querella inoficiosa, *l. 8. in pr. cont. tab.*; sucediendo esto asi tanto si se habian insertado como si no en el testamento las causas de ingratitud, ya constase que los hijos no habian sido ingratos, y hasta que ni habian podido serlo; y por lo tanto, valia tambien el testamento cuando se habia desheredado á un infante, siendo necesaria la querella al desheredado, cuyo derecho fué tambien confirmado por Justiniano, *l.* 33. §. 1. *C. h. tit.* Y no sólo valia el testamento cuando se habia desheredado al póstumo, sino tambien cuando se le habia preterido, aunque entonces sucedia en virtud de otro derecho, pues naciendo rompia el testamento, lo que no hacia el desheredado, quien para la rescision del mismo tenia, cual los demás hijos desheredados, necesidad de la querella, cuyo derecho fué tambien confirmado por Justiniano en la *l.* 30. §. *C. eod.* y en este nuestro párrafo. Consideramos aqui como desheredacion tambien la preterición hecha por la madre ó el abuelo materno, §. *ult. sup. de exh. lib.* Sin embargo, muchos de nuestros intérpretes son de parecer que no conservó siempre el emperador este derecho y que lo derogó enteramente en la *Nov.* 115. *cap.* 3. diciendo que si en virtud de dicha *Nov.* es nulo *ipso jure* el testamento cuando aquellos hijos, que pueden ser ingratos, han sido desheredados sin expresion de una justa causa de ingratitud, mucho mas deberá serlo ó se deberá romper por el nacimiento del póstumo, cuando se desheredan aquellos en que no pueden caber ninguna causa de desheredacion, como son el infante y el póstumo, y por consiguiente, sucediendo los mismos p r otro derecho en virtud de dicha *Nov.* no deben ser admitidos á la querella. No obstante, á mi me parece por el contrario, que esta opinion se opone abiertamente á dicha constitucion de Justiniano, pues este manda que se deshereden los hijos por una justa causa, y que esta se exprese; pero no para que el testamento valga desde un principio, sino para que si no se hace asi se rescinda á fin de que no perjudique la desheredacion, la que dispone expresamente que no perjudique á solos los descendientes, mas no que aproveche á los otros como sucederia si dijéramos que el testamento no se rescinde, sino que es nulo. Por lo que, tambien despues de dicha *Nov.* establecemos, que con tal que los hijos, sean cuales fueren, hayan sido bien desheredados segun la forma del derecho antiguo, por mas que no haya causa ninguna de desheredacion que se haya expresado, subsiste el derecho antiguo y tan solo se dará la querella á los desheredados, aun á los póstumos y á los infantes. Al *pr. de este tit.* he espuesto muchos argumentos con los que se establece esta opinion.

«En España no pueden ser desheredados «los póstumos, pues que ningun descendien«te menor de diez años y medio puede serlo, «*l.* 2. *tit.* 7. *P.* 6. de modo que si lo fue«ren, será nulo el tesmamento. Tampoco en«tre nosotros surte efecto de desheredacion «la simple preterición de la madre ó abuelo «maternos segun vimos al fin del §. 7. *tit.* «13. *de este lib.*»

«Respecto de Cataluña véase lo que diji«mos al fin del comentario *del* §. 3. *del tit.* «13. *citado.*»

TEXTO.

De eo, cui testator aliquid reliquit.

2. Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacumque pars hæreditatis, vel res, eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis de est usque ad quartam legitimæ partis repleatur; licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.

TRADUCCION.

De aquel á quien el testador dejó alguna cosa.

Pero esto debe entenderse de aquellos á quienes los testadores nada absolutamente hubieren dejado; lo que nuestra constitucion introdujo por decoro de la naturaleza. Mas si se les hubiere dejado alguna parte de la herencia ó cosa, no tendrá lugar la querella inoficiosa, supliéndoseles lo que les falta hasta la cuarta de la parte legítima, aunque no se hubiere añadido que deba suplirse á arbitrio de buen varon.

NOTAS.

3. *Nostra constitutio adverecundiam naturæ*). En favor de los mismos padres, pues se mancha la buena fama de aquel cuyo testamento se declara inoficioso, al imputársele la demencia, Plin. 5. *Epist.* 1. Esta constitucion es la *l.* 30. *C. h. t.*

Quod de est. repleatur). Por la condicion de *d. l.* 30; cuya accion es diferente de la queja inoficiosa. Aquella condicion es perpétua y se transmite al heredero; mas la querella solo dura cinco años, *l.* 8. §. *ult. y l. sig. eod. l.* 34. *C. eod.*; ni se transmite sino despues de preparada, *l.* 6. §. *ult.* con las 2. *sig.*; aquella no se excluye aceptando lo que se ha dejado, y esta si.

Licet non fuerit adjectum). Lo que antiguamente era necesario que se añadiese para excluir la querella, *l.* 25. *eod. l.* 4. *C. Theod.* de modo que, aun cuando habia sido instituido heredero en una parte, podia quejarse, *l.* 3. *C. eod.* excepto en el caso en que tenia hermanos por coherederos, pues entónces pedia el suplemento de la cuarta. Paul. 4. *tit.* 5.

COMENTARIO.

1 *Derecho antiguo, y porqué se derogó paulatinamente por las constituciones de Justiniano?*
2. *Aumento de la porcion legítima, y si pertenece tambien á los ascendientes y á los hermanos?*
3. *Si así como puede aumentarse y disminuirse la legítima puede quitarse del todo?*
4. *En caso que se haya dejado menos de la legítima, por qué accion se pide lo que falta, y en qué se diferencia esta accion de la querella inoficiosa?*

1. Mucho se detuvo en explicar esto Wesembecio; pero otros como Viglio y Minsingero solo tocaron ligeramente, y á la verdad lo hace bastante difícil la mudanza del derecho. Los antiguos legisladores pensaron que aquel testamento en que se hubiese dejado la porcion legítima á aquellos á quienes compete la querella no debe tenerse por inoficioso. Sin embargo, quisieron que para que estuviese libre de toda impugnacion, tuviesen los mismos por herencia, legado ó fideicomiso y por la voluntad del difunto toda la legítima, es decir, toda la cuarta de la porcion debida ab intestato, *l.* 8. §. 6. *y* 8. *h. t.* Si se les habia dejado menos, no se les negaba la querella, á no ser que hubiesen reconocido la voluntad del difunto, aceptando el legado ó de otro cualquier modo, *d. l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. *ult. l.* 12. *l. pen.* §. 3. *y* 4. *l. ult. eod.* Con todo, si se habia dado alguna cosa para que se tuviese en lugar de la cuarta y no llegaba á la misma, podia suplirse por el arbitrio de un buen varon, *l.* 25. *eod.* Paulo tambien en el *lib.* 4. *sent.* 6. que el hijo instituido en una parte menor, al cual se le hubiesen dado á sus hermanos por coherederos, por el derecho debe suplir la porcion debida, sin valerse de la querella inoficiosa, de donde aparece que sucedia lo contrario cuando eran extraños los coherederos, *l.* 3. *C. h. t.* En lo que no hay duda es en que cuando habia el testador dispuesto expresamente que, si se habia dejado menos la cuarta, se supliese lo que faltase, debia el mismo heredero suplirla segun arbitrio de buen varon, cesando entónces la querella, *l.* 4. *C. Theod. eod.* Debe, pues, notarse aquí en primer lugar, no tanto daba derecho á la querella la misma desheredacion ó pretericion, como el hecho de quitar por las mismas la cuarta ó sea la porcion legítima; de donde se seguia que tambien aquel, á quien habiéndosele desheredado, se le habia dejado la legítima, quedaba excluido de la querella; y aquel, á quien instituyéndosele heredero en una parte menor que la legítima se le daban coherederos era admitido á la misma, segun prueba claramente el lugar citado de Paulo, como tambien el de Ulpiano en *d. l.* 8. §. 9. Veamos ahora hasta que punto Justiniano derogó este derecho en la constitucion de que hace mencion aquí y que se halla en la *l.* 30. *C. h. t.* Quiso que se conservasen intactos los derechos antiguos, esto es, que tuviese lugar la querella inoficiosa cuando nada se hubiese dejado en el testamento á los desheredados ó preteridos. §. 1. *d. l.* 30. *y sig.* Pero si á aquel á quien compete la querella se le ha dejado algo por herencia, legado ó fideicomiso, pareció al emperador que esto bastaba para excluir la querella y confirmar el testamento, mandando que en este caso se supla lo que falta á la porcion legítima, aun cuando no se hubiere expresado en el testamento que se supla segun arbitrio de buen varon, *d. l.* 30. *pr.* lo que repite tambien en la *l.* 31. y algunas de las siguientes *C. eod.* y expresa en este §. Habla en general y declara que establece esto con el objeto de evitar innumerables ocasiones de destruir las últimas disposiciones de los hombres, y que en ello atendió al decoro de la naturaleza. Por consiguiente no debemos convenir con Wesembecio, quien piensa que solo en un caso, á saber, cuando expresamente se ha dejado alguna cosa por via de legítima, tiene lugar la correccion de la constitucion y el suplemento; y que si se ha dejado simplemente, compete la querella, aun á los desheredados, sin que á ello se oponga *d. const.* Por otra constitucion dispuso el emperador que aunque uno despues de la muerte del testador hubiere reconocido, aceptado ó retenido lo que se le ha legado, ó bien lo que se le donó entre vivos para que lo tuviese en lugar de la cuarta, no por ello dejará de poder por medio de la accion expletoria pedir lo que le faltare de la legítima, á no ser que al aceptar hubiere añadido que renunciaba á todo suplemento, *l.* 35. §. 2. *y* 3. *C. eod.* Por derecho novísimo da derecho á la querella, no tanto el hecho de quitar con la desheredacion la porcion debida, como la desheredacion misma; en tanto que los padres é hijos podrán entablarla por mas que tengan la cuarta, si se hallaren injustamente deshere-

dados, Nov. 115. cap. 3. 4. y 5. acerca de lo cual hablarémos con mas detencion en el §. *ult. inf. eod.* (a).

Ad verecundiam naturæ). Y esto para que los hijos no se propasasen ligera é irreverentemente á impugnar y rescindir los testamentos de los padres, cuya voluntad, asi como su persona, debe ser inviolable para ellos; y en general para que se mire tambien por el decoro de los demás, y no se dé márgen tan frecuentemente á destruir las últimas voluntades de los hombres por impias é inhumanas alegando el pretexto de la demencia, *d. l.* 50. *in pr. h. tit.* En efecto, aquel cuyo testamento es redargüido de inoficioso es tratado como demente, y por lo tanto es mancillado su honor y buen nombre. Plin. 5. *epist.* 1. Asi pues, desde que se introdujo la accion supletoria, no competerá la querella, ni á los instituidos en una parte de la herencia, ni á aquellos que, habiendo sido desheredados, se les ha dejado algo por via de legado ó fideicomiso, aunque se les haya dejado menos de la porcion legitima; sino á aquellos á quienes nada absolutamente se les deja ni en la herencia, ni de otro modo, *d. l.* 50. *y sig. C. eod.* Nadie piense, empero, que si el testador hubiere legado, por ejemplo, la cuarta legítima al hijo á quien tiene ó tuvo en su potestad y á quien ha preterido, nadie piense digo, que por la constitucion de Justiniano se le prohibe pedir la nulidad del testamento ó la posesion de bienes contra el mismo; pues que dicha constitucion solo pertenece á aquellos testamentos de los padres en los que los hijos constituidos en la potestad ó los emancipados han sido desheredados legítimamente, de suerte que no pueden ser impugnados, ni invalidados por otro medio que con el subsidiario de la querella, §. *prec.*

2. *Ad quartam legitimæ partis*). Llama aqui cuarta legitima toda aquella porcion de los bienes del difunto que por derecho de sucesion legítima se debe á los hijos, padres y hermanos del mismo. Muchas veces, empero, la misma cuarta, hasta la que quiere en el caso propuesto que tenga lugar el suplemento, se llama legítima, porcion debida y tambien subsidio de los bienes debidos, *l.* 8. §. 11. *l.* 5. *C. de inof. don.* Los griegos la llaman τὸ νόμιμον μέρος, es decir, parte legítima, y aun hoy dia se llama frecuentemente cuarta, á causa de que por derecho antiguo fué la cuarta parte de aquella porcion que dije, á saber, de la que aquel, que se queja, habria tenido, si el padre de familias hubiese muerto intestado, *l.* 8. §. 6. *eod.* No consta en qué tiempo, ni por qué ley se fijó de este modo esta porcion. Justiniano aumentó la cantidad en los hijos, sustituyendo en vez de la cuarta parte la tercera, y si hay mas de cuatro hijos la mitad; cuyo aumento establecen los doctores que tambien pertenece á la legitima de los padres á proporcion del triente, *aqui y en la auth. Novissima C. h. tit.* Algunos hacen tambien extensivo este aumento proporcionalmente á los hermanos, de cuya opinion es Jachineo 4. *cont.* 28., aunque ninguna de estas dos cosas conviene á la inscripcion del título: ni al prefacio de la constitucion, ni á la razon ni intencion del legislador; ni parece deba admitirse ligeramente esta extension, siendo mucho mejor la condicion de los hijos. Ni en las palabras generales con que está concebido el *cap.* 1. *de dicha Nov.* 18. vienen comprendidos los padres y hermanos, sino que se designan las varias especies de descendientes á saber, los hijos, nietos, biznietos y todos los póstumos, asi de la linea paterna como de la materna, y por lo tanto en esta tambien á los hijos naturales segun da claramente á entender el tit. y observó muy bien Baldo *lib.* 1. *var. quæs.* 50. El uso, empero, admitió tambien el aumento en los padres.

3. Esta constitucion de Justiniano dió márgen á los Doctores para preguntar si del mismo modo que la legitima puede aumentarse y disminuirse por la ley civil, así tambien puede quitarse en el todo; y vulgarmente se cree que la legitima de los hijos y de los padres solo puede mudarse; mas no quitarse del todo, aunque esto puede hacerse con la de los hermanos. Para esto se valen del argumento de que á los hijos se les debe la legitima de los padres por derecho natural: mas á los hermanos tan solo por la disposicion del derecho civil. Mins. *obs.* 43. *y* 6. *obs.* 44. Covar. *in* 4. *X. p.* 2. *cap.* 2. §. 6. *n.* 3. Pero en primer lugar es inadecuado el proponer la cuestion acerca de la misma legítima, puesto que lo que propia y formalmente se llama tal, es decir, aquella cantidad cierta y determinada, como que proviene del derecho civil, puede tambien quitarse por el mismo; esto es, disponerse que por via de legítima no se daba ya tal porcion, sino tal otra; y asi mas bien debió proponerse la cuestion acerca del derecho de suceder en general. Y esto pienso que opinaron tambien, segun lo manifiesta lo mismo que dicen, que no puede por las leyes humanas quitarse la legítima, lo que debe entenderse de aquella porcion en que vienen comprendidos los alimentos necesarios

(a) L. 5. tit. 8. P. 6.

pues lo que de los mismos excede puede quitarse sin que á ello se oponga la naturaleza. Por otra parte, malamente equiparan los padres á los hijos en el caso propuesto. Toda esta cuestion, pues, se dirige á saber si por la ley civil puede disponerse que los hijos no sucedan á los padres, ni estos á aquellos, ni los hermanos á sus hermanos. Esto puede entenderse de dos modos: primero, si puede disponerse que absolutamente no sucedan, esto es, ni aun en el caso en que alguna de estas personas muera intestada; y segundo, si en la suposicion de que sucedan ab intestato pueden por la desheredacion ó pretericion ser excluidos de esta sucesion, siendo en entrambos casos una la condicion de los hijos, otra la de los padres, y otra en fin la de los hermanos. Por lo que hace á la primera cuestion, es manifiesto que la herencia de los padres por ley natural se debe á los hijos. *La razon natural*, dice el jurisconsulto Paulo, *como una especie de ley tácita adjudica á los hijos la herencia de sus padres, llamándolos á una sucesion debida, l. 7. d. bon. dam.* Semejante á esto es lo que Plutarco dejó escrito en su libro elegantísimo sobre el amor á la prole; *de que los hijos esperaban la herencia como que les fuese debida.* Papiniano en la *l. 7. al fin unde lib.* escribe que á los hijos se les debe la herencia de los padres á la vez por los deseos de estos y por los de la naturaleza; esto es, que los hijos adquieren la herencia, en parte por una deuda precisa y natural, y en parte por una natural conjetura en virtud de la que se presume que los padres quieren favorecer todo lo posible á sus hijos, á los cuales como á partes de su propio cuerpo se considera que quieren dejarles, no solo lo necesario, sino tambien aquello que sirve para vivir mas honesta y cómodamente. Siendo esto asi, no puede la ley civil disponer que los hijos sean entera y simplemente excluidos de la sucesion de sus padres. Con todo, no es injusto que en esta materia se conceda algo á la ley civil y al deseo de conservar las familias, y que por ello sucedan unos con preferencia á otros, y los varones sean preferidos á las hembras, los agnados á los hijos emancipados, con tal que á los hijos no se les prive de los alimentos necesarios que se les deben por la ley natural precisamente. Los padres, empero, que son llamados á los bienes de sus hijos, no á la vez por el voto de estos y de la naturaleza, sino tan solo por conmiseracion *d. l. 7. in fin. unde lib. l. 15. in pr. de inof. test.* pueden ser excluidos con mayor facilidad, pues que ya antes del Senado-Consulto Tertuliano no era admitida la madre, y despues del mismo era excluida por los hermanos consanguíneos, y en algunos casos fueron preferidos á todos los ascendientes, no solo los hermanos consanguíneos, sino tambien los uterinos, *l. 4. C. de bon. quæ lib. l. 2. C. ad. S. C. Ter.* Acerca de la otra cuestion pienso que puede establecerse que los padres y hermanos, aunque sean llamados á la sucesion intestada pueden ser preteridos ó excluidos impunemente, sin que sea necesario dejarles algo por via de legítima ó por alimentos, á no ser que así lo disponga alguna ley humana; puesto que estas cosas no se deben á los padres y hermanos cual se deben á los hijos, sino tan solo por razon del oficio y de la piedad. Ni es verdad lo que, insiguiendo el vulgo de los doctores, afirma Minsingero, 6. *obser.* 44. de que la legítima de los padres se funda en el derecho natural, de modo que no puede quitarse por la ley humana. La legítima, empero, de los hijos no puede ser quitada enteramente por la ley civil, es decir, que esta no puede hacer que sea lícito á los padres excluir sin justa causa á sus hijos de la sucesion, á la que la ley natural les llama, como que les fuese debida y precisamente por razon de los alimentos, *arg. d. l. 7. de bon. dam. l. 6. de jus. et jure.* Véase á Donelo *cap.* 4. y los allí citados.

4. *Repleatur*). (a). Mas, por qué accion se pedirá el suplemento de lo que falta? Por la accion del testamento, ó por alguna otra, por ejemplo, la peticion de la herencia ó la de *familiæ erciscundæ*, ó mas bien por la condicion de la ley de Justiniano? Si suponemos el caso en que ha sido desheredado un hijo, señalándosele un legado, es cierto que aquí no podrá competer el juicio *familiæ erciscundæ*, ni el de la peticion de la herencia; pero puede defenderse con probabilidad que puede obrarse en virtud del testamento y pedirse lo que falte á la manera de un legado, principalmente si el testador mandó suplirlo; aunque tambien en el caso en que no lo hubiese hecho, puede decirse lo mismo, como que se presume que habrá querido mas bien esto, que no que se rescinda el testamento. Pero si el hijo ha sido instituido (lo que segun manifestarémos en el §. *ult. inf. eod.* es necesario actualmente para excluir la querella, en este caso si hubiere sido instituido en una parte de la herencia, podrá reclamar el suplemento por medio de la peticion de la misma y del juicio *familiæ erciscundæ*, porque es

(a) L. 5. tit. 8. P. 6. al fin.

heredero en parte, pero si ha sido instituido en una cosa cierta (lo que segun verémos en el mismo lugar basta tambien actualmente para excluir la querella), en este caso no parece tener lugar el juicio de la peticion de la herencia ni el de *familiæ erciscundæ*, sino tan solo la accion del testamento, á causa de que aquel, que es instituido en una cosa cierta, dándosele un coheredero, se considera como legatario *l.* 13. *C. de hæred. inst.* Sin embargo, para quitar todo motivo de duda, seria mejor tal vez admitir la condicion de la ley, segun á menudo se hace. Vulgarmente esta condicion se llama accion del suplemento, poniéndose tres diferencias entre la misma y la querella (a). La primera es que la querella se extingue por el silencio de aquel a quien compete durante cinco años, contados desde la adicion de la herencia *l.* 8. §. *ult. y l. sig. h. tit. l.* 16. *l.* 34. *l. pen.* §. 2. *C. eod.*; mas esta accion, ó sea la condicion de la ley, como favorable, es perpétua, esto es, dura treinta años, que es el término de todas las acciones personales, *l.* 3. *C. de præscrip. trig. an.* La otra es, la querella como que se asemeja á la accion de injurias *l.* 8. *in pr. h. tit.*, no se transmite al heredero, á no ser despues de preparada, excepto en el caso de *d. l.* 34. *C. eod*; mas esta accion se transmite tambien sin este requisito (b). La tercera es que aquel, que admite lo que se ha dejado en el testamento, se entiende haber renunciado á la querella, *l.* 10. §. 12. *l.* 1. *in pr. eod.*; mas no á esta accion de suplemento, *l.* 35. §. 2. *C. eod.* La primera diferencia no la admite Bartolo, pero sí todos los otros segun Viglio, Minsingero y Wesembecio aqui.

TEXTO.

Si tutor, cui nihil à patre relictum pupilli nomine legatum acceperit

4. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cùm nihil erat ipsi tutori relictum à patre suo; nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

TRADUCCION.

Si el tutor á quien nada se ha dejado por el padre hubiere aceptado el legado en nombre del pupilo.

Si el tutor en nombre del pupilo, cuya tutela administraba, hubiere aceptado un legado en virtud del testamento de su padre, siendo así que nada se habia dejado por este al mismo tutor; podrá, con todo, acusar en nombre propio de inoficioso el testamento.

NOTAS.

4. *Si tutor etc. legatum acceperit*). El desheredado, que aceptó un legado del testamento, ó que defendió al que lo reclamaba, es repelido de la querella inoficiosa, pues se considera que ha reconocido la voluntad del difunto, *l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *l. ult. eod. l.* 8. §. 1. *C. eod.*; mas por lo que hace al tutor, debe escusarle la necesidad de su oficio, y el haberlo administrado todo en nombre de otro, *d. l.* 10. §. 1. *l.* 22. *de his qui ut ind.*

TEXTO.

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

5. Sed si è contrario, pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit, et superatus est; ipse tutor quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.

TRADUCCION.

Si aquel que redarguye de inoficioso el testamento en nombre del pupilo hubiere sido vencido

Mas si por el contrario hubiere entablado la querella en nombre del pupilo á quien nada se ha dejado, y hubiere sido vencido, el mismo tutor no pierde lo que en aquel testamento se le hubiere dejado (c).

NOTAS.

5. *Sed si é contrario*). Aquel, que en nombre suyo ó en el de otro, acusa de inoficiosa la voluntad del difunto, pierde el legado que se le ha hecho; pues impugnó el juicio del difunto; *L.* 8. §. 14. *h. tit.*; mas tambien en este caso le excusa la necesidad del oficio y el encargo de tutor, *L.* 30. §. 1. *eod.* Aquel, que niega que el testamento de su padre esté hecho conforme á derecho, no se entiende que impugna el juicio y por lo tanto conserva la voluntad del difunto, *L.* 24. *de his quæ ut indignis.*

COMENTARIO.

1. *Efectos del reconocimiento y de la contradiccion de la voluntad del difunto.*
2. *Estos efectos no pertenecen á aquellos que la reconocen ó impugnan en nombre de otro por la necesidad de su oficio.*

(a) L. 1. tit. 8. P. 6. v. *ca decimus.*
(b) L. 5. tit. 8 P. 6. ver. *E esto.*
(c) L. 13. tit. 7. P. 6. vers. *Fueras ende.*

Comparacion del derecho antiguo y del nuevo y diferencia que hay entre ellos en esta parte.

1 Aquel, que reconoce la voluntad del difunto, percibiendo, por ejemplo, lo que se le ha dado, se considera que con este hecho rueba el testamento y renuncia á la querella *L.* 8. §. 10. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *l.* 23. §. 1. *l. pen.* §. 3. *y* 4. *l. ult. h. tit. l.* 8. §. 1. *C. eod.* (a). Y por el contrario, aquel que impugna la voluntad del difunto como inoficiosa, pierde lo que se le ha legado, lo que se vindica para el fisco, como quitándolo á un indigno, *d. l.* 8. §. 14. (b). Ni hay diferencia ninguna entre que uno haya reconocido ó impugnado la voluntad del difunto en su nombre propio ó en el ageno, con tal que lo hubiere hecho espontáneamente y sin obligarle á ello ninguna necesidad de su oficio; por ejemplo, si como abogado hubiere defendido á alguno, *d. l. ult. al pr.* (c) Ni obsta á esto el que el hijo del patrono, que defendió al acusador del liberto, no es repelido de la posesion de bienes de este, *l.* 14. §. 9. *de bon. lib.* pues que el derecho de la posesion de bienes, que compete al patrono y á sus hijos en virtud del edicto, no lo pierden estos, á no ser que ellos mismos hubieren acusado al liberto, lo que se deduce de la razon que el jurisconsulto emplea en dicho lugar, diciendo que el abogado no acusa. Mas el abogado del desheredado pierde el legado, no porque se considere que acusa el testamento, sino porque, favoreciendo la acusacion, se cree que reprueba el juicio del difunto, lo que ha parecido bastante para que pierda el legado el abogado de aquel que acusa de furioso al que se lo dejó. Porqué, empero, no se dispuso del mismo modo que aquel, que recibió un legado, no sea admitido á redargüir de falso ó de injusto el testamento y por el contrario que aquel, que acusó de injusto y fué vencido, no sea repelido de aquello que mereció? *L.* 5. *al pr.* §. 1. *de his quæ ut ind.* Papiniano en la *l.* 24. *eod. tit.* de la razon de que aquel, que dice que el testamento es injusto, disputa del derecho; mas no impugna ni acusa el juicio. VINN. Mas esto debe entenderse bien. Aquel que dice, que el testamento es injusto, disputa sobre el derecho, es decir, sobre si se han observado las solemnidades que el mismo exige; mas no impugna el juicio, pretextando que el testador no estaba en su sano entendimiento, y por lo tanto no hace injuria ninguna al difunto, como lo verifica aquel que instituye la querella inoficiosa. HEIN.

2. Pero si uno hubiere hecho lo que dijimos en nombre propio por la necesidad de su oficio se excusará. De ello se propone un ejemplo en este §. en el tutor; aunque esto pertenece á todos aquellos que por su oficio están obligados á defender á otros ó á favorecerlos con sus consejos; y por lo tanto tambien el abogado, á quien públicamente se ha impuesto la obligacion de defender á un cliente *arg. d. l.* 5. §. 23. *de his quæ ut ind.* (d). Ya pues el tutor, habiendo sido él mismo desheredado por el padre, hubiere en nombre del pupilo, cuya tutela desempeña, pedido ó percibido el legado en virtud del testamento, ya por el contrario, lo hubiere acusado de inoficioso en nombre del pupilo desheredado; ni en este caso, por lo que hace á sí mismo, se considerará haber reprobado el testamento, ni en aquel que lo ha aprobado, sino que esto lo hizo por la necesidad de su oficio, la que debe excusarle; y por consiguiente en aquel caso no se le prohibe entablar la querella en su nombre propio, ni en este pedir el legado que se le dejó, *l.* 30. §. 1. *h. tit. l.* 22. *de his quæ ut ind.* (e). Semejante al primer caso es el que se pone en la *l.* 30. *C. de adm. tut.* Finalmente, lo que antes dijimos de que uno de los efectos del reconocimiento de la voluntad del difunto era el perderse la querella, pertenece tambien á la peticion del suplemento, aunque lo dispuesto por el derecho antiguo se mudó despues por las nuevas constituciones, lo que extraño que ningun intérprete lo haya notado en este lugar.

3. Antiguamente de cualquier modo que se hubiese reconocido el juicio del difunto, se perdia la querella y el derecho de pedir lo restante, no solo en la institucion de heredero, sino tambien en el legado, ya lo hubiese reclamado el desheredado como que se le habia dejado á él, ya lo pidiese como dejado á otro en nombre suyo, ya lo recibiese por medio del legatario y tambien en el caso en que lo pidiese por causa de muerte, sin que hubiese diferencia entre que lo adquiriese por sí ó por medio de otro, segun los textos mas arriba citados. Por las constituciones de Justiniano nada se ha mudado respeto de la institucion de heredero; sino que si aquel, que puede quejarse, ha reconocido por tal al instituido comprándole, por ejemplo,

(a) L. 6. tit. 8. P. 6.
(b) L 13. tit. 7. P. 6. vers. *La quinta.*
(c) D. l. 13. [illegible] elk [illegible] glosa 16. l. 6. tit. [illegible]

(d) D. l. 13 vers. *Fuera ende.*
(e) D. l. 13. y d. vers.

arrendándole las cosas hereditarias, ó pagándole lo que debia al difunto, semejante á lo cual es el recibir del heredero alguna cosa con el fin de cumplir la condicion, con cuyos hechos es el heredero escrito reconocido por tal *l.* 8. §. 10. *l.* 23. §. 1. *h. tit.*, pierde la querella y el derecho de pedir lo que se le ha dejado, lo mismo que por derecho antiguo. Respecto del legado, empero, por las primeras constituciones de Justiniano se mudó el derecho antiguo, de suerte que aquellos, á quienes competia la querella, fuesen excluidos con el mero hecho de dejárseles un legado, aun cuando no lo acepten; pero que en este último caso puedan reclamar por lo que les faltare de la legítima, *l.* 30. *y sig. C. eod.* Asi que, no solo excluia la querella la aceptacion del legado sino tambien este solo. Por derecho novísimo, empezó de nuevo á exigirse la aceptacion del legado para excluir de la querella á los ascendientes y descendientes, si no se les habia dejado nada por título de institucion, aunque quedándoles á salvo la accion para reclamar el suplemento en caso que les faltase algo de la legítima. *Nov.* 115. *cap.* 5. Tuldeno *ic. cap.* 5. *y* 6. Para abrazar pues de una vez todo aquello en que se distingue en esta materia el derecho antiguo y el nuevo, deberán observarse tres diferencias 1.ª, que antiguamente, si se habia dejado menos de la legítima, era lícito, repudiando el legado, entablar la querella; mas hoy dia no, sino que, admitiendo el legado, debe reclamarse el suplemento. 2.ª, que antiguamente la aceptacion del legado por mas que fuese de una cosa de muy poco valor excluia no solo la querella, sino hasta toda reclamacion de lo que faltaba; mas hoy dia, aunque excluye la querella, queda salva la reclamacion de aquello que falta para completar la legítima, á no ser que al aceptar se declare que está contento con lo que se le ha dejado, renunciando á lo restante *l.* 25. §. *pen. y ult. C. eod.* 3.ª, que antiguamente aquel, á quien se rogaba que restituyese el legado á otro, ne se le prohibia entablar la querella, aun cuando lo aceptase y restituyese; mas hoy dia cesa la querella y se prescinde de este gravámen, como que hasta lo que alcanza la legítima no se hubiese mandado restituir *l.* 10. *in fine h. tit. l.* 32. *C. eod.* Tambien cesaba antiguamente la querella si uno aprobaba la voluntad del difunto en aquello que se habia dejado á otro, por ejemplo; defendiéndole, ó bien de otro cualquier modo, como que casi aprobase el juicio del difunto tambien por lo que hace a la institucion, puesto que segun entonces se observaba, destruida esta, se invalidaba tambien todo lo demás *l. pen.* §. 3. *l. ult. inpr. y* §. 1. *h. tit. l* 9. *de test. tut. l.* 14 *C. de fideic.*, pero se ha mudado la razon del derecho desde que se dispuso que, rescindido el testamento por lo respectivo á la institucion, quedasen subsistentes los demás capítulos *auth. ex causa C. de lib. præt.*, pues establecido esto parece deber decirse absolutamente que, por la sola aceptacion del legado que se ha dejado á otro, no se aprueba la institucion de heredero *arg. l.* 10. *C. de prob.*, y por consiguiente que no se prohibe á aquel, que reconoció el juicio respecto de un legado ageno, que en su nombre acuse de inoficioso el testamento segun disputa muy bien Donelo 19. *com.* 6.

TEXTO.

De quarta legitimæ partis.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causâ ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio, vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

TRADUCCION.

De la cuarta de la parte legítima.

Asi pues, para que uno no pueda entablar la querella inoficiosa debe tener la cuarta, ya por derecho hereditario, ya por legado ó fideicomiso, ya por habérsele donado por causa de muerte ó bien entre vivos, aunque tan solo en aquellos casos de que hace mencion nuestra constitucion; ya por otros modos que en nuestras constituciones se contienen. Lo que dijimos de la cuarta, empero, debe entenderse de modo que ya sea uno, ya muchos aquellos á quienes se permite entablar la querella, solo se les puede dar una cuarta para que se distribuya entre ellos á prorata por partes viriles

NOTAS.

6. *Quartam quis debet habere*). Esto es, la porcion legítima, que antiguamente era la cuarta parte de la porcion debida ab intestato, *l.* 8. §. 8. *eod.* Justiniano aumentó su cantidad, sustituyendo el triente en vez de la cuarta y el semise en el caso en que haya mas de cuatro hijos, *Nov.* 18.; con cuya constitucion creen algunos autores que se ha aumentado tambien hasta el triente la legítima de los padres, y Teodoro Diácono tambien la de los hermanos, *arg. cap.* 2, *d. Nov.* 18.

Sive jure legati, etc). Por derecho novísimo, empero, para que el testamento esté libre de toda impugnacion es necesario que los buenos hijos y padres sean honrados con el título de herederos *Nov.* 115. *cap.* 3. 4. 5. por lo que, dicen vulgarmente que la legítima debe dejarse por título de institucion, de cuya opinion son tambien los griegos en *l.* 8. *h. tit.*, basta con todo que se les instituya en alguna parte del as, ó bien en alguna cosa cierta, y si faltare algo para la porcion legítima, entónces, cesando la querella, se reclamará por medio de la accion supletoria, *d.* §. 5

Tres tantummodo casibus). Cuyacio hace estensivo esto á dos casos *l. pen.* §. 1. *C. de collat*, pero por una induccion viciosa segun piensa Bacovio. La constitucion de que se habla aqui es la *l.* 30 *C. h. tit.*

In nostris constitutionibus). Estas constituciones no existen, aunque tal vez este pronombre nuestras se introdujo furtivamente. Véase la *l.* 17. *C. de collat y la l.* 9. *C. h. tit.*, de las cuales la una es de Leon y la otra de Cenon.

Pro virili portione quarta). Actualmente la tercera ó la mitad segun fuere el número de hijos. Asi pues, si estos fueren tan solo dos, la porcion legítima de cada uno serán dos onzas, y seis una onza.

COMENTARIO.

1. *Refútase un insigne error de algunos.*
2. *Por el derecho del Digesto y del Código no tuvo lugar la querella, cualquiera que fuese el título por el que se había dejado la legítima.*
3. *El derecho nuevo se diferencia del antiguo en el caso en que se ha donado una cosa entre vivos con el fin de que se compute en la cuarta.*
4. *Por derecho novísimo debe dejarse la legítima por título de institucion y como ha de entenderse esto.*
5. *Qué diferencia hay entre que se deje la legítima por título de institucion ó por otro cualquiera?*

1. Intolerable es el error de aquellos que de este párrafo deducen que tambien el hijo, á quien no se habia desheredado legítimamente, con tal que se le hubiese dejado por algun título la legítima, debió por derecho antiguo entablar la querella inoficiosa, sin que por ningun otro derecho pudiese suceder á los bienes del padre; pues ¿qué cosa hay tan cierta como que en el caso de ser preterido un hijo que estaba en la potestad, era nulo el testamento *ipso jure*, y que si el preterido era emancipado, se le daba la posesion de bienes *contra tabulas?* Ni dejaba de considerarse preterido, ni de ser nulo el testamento ó de poderse destruir por la posesion de bienes, aun cuando se hubiese legado al preterido la cuarta parte de la porcion debida ó mucho mas. Pues la pretericion del hijo no se deducia de la dacion de un legado, sino de la institucion ó desheredacion, considerándose preteridos todos aquellos que ni habian sido instituidos herederos, ni justamente desheredados, §. 12. *inf. de hæred. quæ ab intest.* Asi que, lo que Ulpiano en la *l.* 8. §. 6. *h. tit.* dice, que testa con seguridad aquel que donó la cuarta al hijo por causa de muerte, no debe entenderse como que el padre pueda en este caso preterir impunemente al hijo, sino que puede desheredarlo con seguridad para el efecto de que el testamento subsista segun el derecho y no se rescinda por la querella. Ni de este derecho mudó nada Justiniano, pues toda esta cuestion, segun parece, pertenece á aquellos descendientes que, excluidos de la herencia del padre por derecho civil y por el pretorio, solo les queda por único remedio la querella inoficiosa, y por consiguiente, respecto del padre únicamente á aquellos que han sido legítimamente desheredados; pues que la pretericion de la madre y de los ascendientes maternos se tiene por desheredacion, segun varias veces se ha dicho.

2. *Sive jure hereditario, sive jure legati*). En la esplicacion de este título debe disimularse el que se inculque muchas veces una misma cosa. Por derecho antiguo se daba la querella á los hijos desheredados ó preteridos, no tanto por el hecho de serlo, como porqué por él se les privaba de la porcion legítima, dejada la cual, como que ya no se consideraba haber injusticia ninguna, cesaba la querella siendo eficaz la desheredacion y válido el testamento, de lo que se seguia que la querella no tenia lugar, no solo cuando se habia dejado la cuarta por título hereditario, sino tambien cuando se habia dejado por título de legado ó fideicomiso. Como, empero, las donaciones por causa de muerte se consideran una especie de legados, *l.* 17. *in fine de mortis causa don.* §. 1. *sup. de donat.*, por esta razon se disponia, que si uno por causa de muerte donaba á aquel, á quien habria podido competer la querella, la cuarta legítima, testase con seguridad, *d. l.* 8. §. 6. cuyo derecho dejó íntegro Justiniano en su Código y tambien en la *Nov.* 48. *cap.* 1., de donde está sacada la *auth. Nov. C. h. tit.*, aunque posteriormente lo derogó en la *Nov.* 115. *cap.* 3 y 4., aunque de esto tratarémos despues mas latamente.

3. *Vel inter vivos iis tantummodo casibus, etc.* Si se habia donado simplemente alguna cosa entre vivos, aun cuando el valor de la

misma igualase el de la cuarta, no por ello se excluia la querella: mas lo contrario sucedia, si se habia dado con el objeto de que se imputase en la cuarta, *l.* 25. *h: tit.* Justiniano derogó esto en la constitucion de que hace mencion aqui, que es la *l.* 35. *C. eod.*, pues dispuso que si el padre donare alguna cosa entre vivos á sus hijos, aun cuando se lo haya dado con el fin de que lo imputen en la cuarta, y por lo tanto, para que renuncien á la querella y hubieren en efecto renunciado; á no ser que despues de la muerte del padre hubiesen reconocido su voluntad ó bien transigido con los herederos escritos, les quedase con todo íntegro el derecho de acusar el testamento, sin que les perjudique el pacto celebrado con el padre; pues, segun dice Papiniano, los hijos deben ser estimulados á que logren la recompensa paterna por medio de sus méritos, no por pactos: Cuyacio piensa que se habla aqui de la *l. pen.* §. 1. *C. de collationibus,* en donde Justiniano dispone que la donacion simple deba traerse á colacion en dos casos; á saber, cuando se ha hecho con esta condicion, y cuando se ha hecho en compensacion de la dote ó donacion *propter nuptias* que recibió uno de los hijos, de lo que deduce Cuyacio que la donacion entre vivos se imputa en la cuarta en estos dos casos. Esta consecuencia, empero, es viciosa y pugna diametralmente con *d. l.* 35. *C. h. t.* Y aun cuando sea verdadero que todo lo que se imputa en la cuarta se trae á colacion, con todo no lo es por el contrario que todo lo que se trae á colacion se impute en la cuarta, segun manifiesta claramente *d. l. pen. in pr. C. de coll.*, de suerte que hasta la misma ley que aduce Cuyacio refuta dicha deduccion. Efectivamente la colacion se ha admitido con mayor facilidad que no la exclusion de la querella del hijo desheredado, á fin de que se guardase mayor igualdad en la sucesion intestada entre los hijos; por cuya causa Justiniano dispuso expresamente que no se excluyese el hijo de la querella por la donacion entre vivos, aun cuando se hubiese hecho con la condicion de que se imputase en la cuarta, á no ser que despues de la muerte del padre hubiese el hijo reconocido su voluntad, *d. l.* 35. §. 1. *y* 2. *C. h. tit.*

Vel aliis modis qui in nostris constitutionibus). Quizás estas constituciones fueron insertadas en el primer Código; pues en el segundo, que es el único que tenemos, no se halla constitucion ninguna que se refiera aqui, á no ser que digamos que el pronombre *nuestras* se introdujo furtivamente, y que debe borrarse. Cuyacio y Hotomano no lo reconocen, y segun Pacio atestigua, falta en muchos libros. Supóngase, pues, que se halla escrito de esta suerte *aliis modis qui constitutionibus continentur*. Qué modos serán estos, pues, además del legado, fideicomiso y donacion hecha por causa de muerte, por los cuales, si recibiesen los hijos de sus padres la cuarta, son repelidos de la querella en virtud de las constituciones? La dote y la donacion *propter nuptias* las cuales mandó el Emperador Leon á los hijos que las trajesen á colacion, *l.* 17. *C. de coll.*, y Cenon que entrambas las imputasen en la cuarta, *l.* 29. *C. h. tit.*

4. Por derecho novísimo se ha mudado todo esto; pues por la *Nov.* 115. *cap.* 3. *y* 4. no basta para excluir á los hijos y á los padres de la querella el dejarles la legítima por cualquier título, sino que para que el testamento esté libre de toda impugnacion, es necesario que los buenos hijos y padres sean honrados con el título de herederos; de modo que actualmente ya no se pregunta si se les ha dejado la legítima, sino tan solo si han sido instituidos ó justamente removidos de la sucesion (a). Dedúcese esto en primer lugar de la *Nov. citada cap.* 3., en donde Justiniano con palabras clarísimas dispone que no sea absolutamente lícito á los padres instituir ó desheredar á sus hijos, ni aun cuando por título singular les dejaren la porcion debida por las leyes. Luego tambien se deduce del *cap.* 5. de la misma *Nov.*, en donde manifiesta que su intencion es librar á los hijos y á los padres de la injuria de la pretericion y desheredacion. Esta injuria, empero, subsistiria aun si fuese lícito desheredar ó preterir injustamente á los padres y á los hijos, por mas que se les dejase la legítima por algun título singular; y solo dejará de hacérseles injuria si fueren instituidos ó desheredados por alguna justa causa; por lo que los Doctores dicen vulgarmente que hoy dia debe la legítima dejarse por título de institucion. *Claro.* §. *testamentum quest.* 48. (b). No es necesario, empero, que se haga la institucion en toda la legítima; pues basta que se haga en una parte del as ó bien en una cosa cierta, ó tambien que se les instituya simplemente, mandándoseles que se contenten con ciertas cosas, en cuyos casos, aun cuando se les haya dejado menos de la legítima son excluidos de la querella, compitiéndoles la accion supletoria; y si además se les ha dejado alguna otra cosa, debe esto imputarse en la legítima, segun las anteriores constitu

(a) L. 5. tit. 8. P. 6.
(b) L. 5. tit. 8. P. 6.

ciones de Justiniano „ J. cap. 3. l. 30. y sig. C. h. tit., siendo asi que por derecho antiguo no quedaba el instituido excluido de la querella, á no ser que se le hubiese dejado toda la legítima, segun se ha dicho mas arriba en el §. 3. Mas, se dirá, sentado esto, se apartó Justiniano de su objeto; pues segun la verdadera razon del derecho y basta de la misma constitucion de Justiniano aquel que ha sido instituido heredero de una cierta cosa, habiéndosele dado otros coherederos, y tambien aquel que ha sido instituido heredero simplemente, mandándosele restituir la herencia, deducidas ciertas cosas, no se considera como heredero sino como legatario, no ejerciendo acciones ni excepciones ningunas hereditarias, *l.* 13. *C. de hœred. inst* §. 9. *inf., de fideicom. hœred.* Ahora bien, si no hay diferencia ninguna entre que se dé un legado á alguno ó se le instituya heredero en una cosa cierta, dándosele un coheredero, y sucediendo tanto de este modo como de aquel que no sea heredero, falsamente pensó Justiniano que la injuria de la pretericion ó desheredacion se quitaba con tal que fuere instituido heredero, ya en una cosa cierta, ya simplamente y mandándosele que restituya la herencia, deducidas ciertas cosas, pues si no se hace heredero y no produce esto otro efecto que el que produciria si se le dejase un legado, ciertamente deberá tenerse por preterido, segun raciocina tambien la Glosa en la *l.* 29. *ad Trebell.*

3. De esto se sigue tambien que es inútil y que no produce efecto ninguno lo que se dice del título honorífico de la institucion. Y á la verdad, debe reconocerse que asi lo exige la razon del derecho, y que si queria honrar á los hijos y á los padres realmente con el título lucrativo de herederos, debió disponerse que sean instituidos á lo menos en una parte del as, aunque pequeña ó bien en la misma legitima, la que nada prohibe que se tome por el triente, semise ó cuadrante. Sin embargo, Justiniano no exige esto; pues le pareció que bastaba para quitar la injuria de la pretericion el solo nombramiento de heredero, y que aquel que hubiese sido instituido, aun cuando lo hubiese sido en una cosa cierta, no tenia causa ninguna de quejarse que ha sido preterido. Y para que no parezca esto establecido sin ningun efecto del derecho, puede defenderse con Sichar, insiguiendo á los doctores en la *l.* 13. *C. de hœred inst.* que aquel que ha sido instituido en una cosa cierta, es de una naturaleza mixta é intermedia entre el heredero y el legatario, por cuya causa conserva el nombre de heredero y puede por su propia autoridad ocupar la cosa en que ha sido instituido; y lo que es mas principal, tiene el derecho de acrecer, esto es, que faltando el coheredero instituido simplemente, consigue el mismo toda la herencia lo mismo que si desde un principio hubiese sido instituido en una cosa cierta, aunque Antonio Fabro *decision* 15. *err.* 5. sea de otro parecer. Bartolo en *d. l.* 13. dice que el instituido en una cosa cierta, respecto de esta, se considera como legatario; pero respecto de su misma persona, como heredero, lo que le pareció bastante á Justiniano para excluirle de la querella.

Ut ea prorata distribuatur). Asi que si hubiere un solo hijo, este deberá tener la cuarta parte de todos los bienes, es decir, tres onzas; si hubiere dos, cada uno una onza y media, y asi sucesivamente, de suerte que la porcion viril de cada cual sea la cuarta parte de lo que habria tenido si hubiese sucedido ab intestato, *l.* 8. §. 6. y 8. *h. tit.* Mas por derecho novísimo, segun la *Nov.* 18. *cap.* 1., si solo hubiere un hijo, deberá él solo tener la tercera parte de todos los bienes, esto es, cuatro onzas; si hubiere dos, cada uno dos onzas y asi sucesivamente, de suerte que la porcion viril de cada cual sea el triente de lo que habria adquirido ab intestato. Si, empero, hubiere mas de cuatro hijos deberá á todos ellos dejarse el semise, esto es, la mitad de aquella porcion que se les debe por derecho de sucesion legítima: por lo que, si por ejemplo, hubiere seis hijos, cada uno tendrá una onza por via de legítima.

« En España nos diferenciamos bastante « del derecho romano respecto de la cantidad « que forma la legítima. La de los ascen« dientes la constituyen las dos terceras par« tes de los bienes del hijo, pudiendo este « disponer libremente del otro tercio; la de « los ascendientes las forman las cuatro quin« tas partes del patrimonio del padre, quien « puede disponer en favor de quien quiera « del otro quinto restante. Tambien puede « el padre dejar á cualquiera de sus descen« dientes legítimos la tercera parte de los « bienes que quedan despues de deducido « el quinto, *ll.* 1. y 8. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov.* « *Rec.* Esto es lo que propiamente se cono« ce entre nosotros con el nombre de mejo« ras de tercio y quinto, las que podremos « definir diciendo ser las instituciones, man« das ó donaciones de las dichas partes del « tercio y quinto que no entran en la legiti« ma corta de los hijos. Entendemos por le« gítima corta aquella que corresponde á

« estos despues de deducidos el quinto y tercio de los bienes del padre, llamando por el contrario legítima larga cuando sin deduccion del tercio se dividen igualmente los cuatro quintos de dichos bienes entre todos los descendientes. A pesar de esta facultad que compete al padre no puede hacer uso de ella á favor de las hijas por via de dote ó casamiento; y estas no podrán considerarse tácita ni espresamente mejoradas por ninguna especie de contrato, aunque sí podrán serlo por testamento, con tal que no sea por consideracion de dote en fraude de la ley, *L.* 6. *tit.* 3. *lib.* 10. *Nov. Rec.*»

« Las mejoras pueden hacerse en testamento y por acto entre vivos, pudiendo el padre hacer el señalamiento de las cosas en que ha de consistir la mejora, aunque de ningun modo conceder á otra tercera persona esta facultad, *l.* 19. *de Toro.* En este caso, se hará el pago en las mismas cosas señaladas, y en el contrario, en los mismos bienes de la herencia, sin que en ningun sea facultativo al heredero hacer el pago en dinero, á no ser que las cosas no admitan cómoda division, *l.* 20. *de Toro.*»

« Las mejoras son revocables siempre y hasta la hora de la muerte, ya sean hechas entre vivos, ya en última voluntad, á no ser que hechas del primer modo, se haya puesto al mejorado en posesion de la cosa en que consiste la mejora, ó le hubiere entregado la escritura ante escribano ó finalmente se hubiese celebrado el contrato por causa onerosa. Sin embargo, aun en estos casos tendrá el padre facultad de revocar la mejora, si se la hubiere reservado, ó el mejorado cometiere hácia él una grave ingratitud. *L.* 17. *de Toro.*»

« Las mejoras pueden hacerse espresa ó tácitamente. Del primer modo, cuando se hacen entre vivos, ó por testamento ya desde el principio á título de mejora; y tácitamente, cuando se hace á un descendiente una donacion simple, ó bien una onerosa ó con causa que escediere de la legítima.»

« Las mejoras se sacan deducidas las deudas hereditarias, *l.* 23. *de Toro*, aunque no los gastos del entierro, y manda, pues que son cargo del quinto, *l.* 9. *tit.* 20. *lib.* 10. *N. R.* Para dicha deducion no se considera que forma parte de la herencia lo que haya salido del patrimonio del padre en vida suya por razon de dotes y donaciones, *l.* 9. *tit.* 6. *lib.* 10. *N. R.* aunque despues cuando se trata de dividir la herencia entre los descendientes, deberán traerse á colacion toda clase de donaciones, asi las onerosas, como las simples, con el fin de que asi pueda calcularse la legítima, y revocarse estas en la que fueren inoficiosas. Las donaciones simples se consideran desde luego como mejoras, imputándose primero en el tercio, despues en el quinto, y si aun de este escedieren en la legítima, revocándose en lo sobrante. Las onerosas se imputan primero en la legítima, despues en el tercio y por fin en el quinto, revocándose tambien en lo que de aqui escedieren. *L.* 10. *tit.* 6. *y l.* 5. *tit.* 3. *lib.* 10. *N. R.*»

« Cuando los padres hicieren entrambas mejoras de tercio y quinto, se sacará primeramente el quinto, *l.* 214. *del Estilo*; á no ser cuando el disponente manda sacar primero el tercio, ó bien cuando de antemano se hubiese hecho donacion irrevocable del mismo.»

« Debemos aqui advertir que algunos gastos hechos por los padres en favor de sus hijos no deben traerse á colacion, ni imputárseles como á mejoras; tales son los empleados en darle estudios, armarle caballero y otros de esta misma naturaleza, segun la *ley* 3. *tit.* 4. *P.* 5. que consideró estos gastos como alimentos consumidos, incapaces por lo tanto de colacionarse, y que al propio tiempo los miró como un esplendor y brillo que da el agraciado con estos grados y estudios á su familia toda.»

« Las mejoras quedan válidas aunque el mejorado renuncie la herencia, ni aun cuando se rompa ó anule el testamento por pretericion ó exheredacion.»

« Réstanos hablar de las promesas de mejorar ó de no mejorar que los ascendientes hacen á alguno de sus descendientes legítimos mediante escritura pública en acto entre vivos de mejorarle á él por alguna causa onerosa, ó de no mejorar á ningun otro de los descendientes. Semejantes promesas deben cumplirse, y lo que contra ellas se obrare, será nulo, *l.* 22. *de Toro.* Sin embargo, no vale la promesa de mejorar hecha á la hija por causa de dote ó matrimonio, segun lo que poco há dijimos.»

« En Cataluña la legítima asi de los padres como de los hijos, es conforme lo que disponia el derecho romano antiguo, la cuarta parte de todos los bienes del difunto, debiendo asi los ascendientes, como los descendientes de este contentarse entre todos con la dicha porcion, y pudiendo por lo tanto el testador disponer libremente de lo restante. *Const.* 3. *tit.* 5. *lib.* 6. *vol.* 1. *Const. de Cataluña.* Y es de advertir que cuando el padre ó la madre instituyen heredero á uno de sus hijos en las tres cuar-

« tas partes de la herencia, esto no obstante, « el instituido tiene como á hijo la parte que « proporcionalmente le corresponde en la « cuarta porcion que, segun acabamos de de- « cir, forma la legítima. Esta legítima no es « preciso que se deje por título de institucion, « sino que basta que se deje por via de le- « gado, ó de cualquier otra manera, sin que « se pueda por esta causa pretender que se « anule ó irrite el testamento, *l.* 2. *tit.* 2. « *lib.* 6.° *vol.* 1.° *L.* 2. *tit.* 5.° *lib.* 6.° *vol.* 1. »

« En Barcelona y demás lugares que go- « zan de sus privilegios, no se necesita tampo- « co hacer mencion en el testamento de las « personas que tienen derecho á la legítima, « de modo que por esta cusa no podrá aquel « anularse, *t.* 1. *tit.* 1. *lib.* 6. *vol* 2. »

« La legítima se deduce de todos los bienes « que dejó el difunto, detraidas todas las « deudas, gastos de funerales, y demás car- « gas de la herencia, pero si debiesen al- « gunas donaciones sin causa, se revocarán « en lo que resultare ser inoficiosas. »

« El heredero tiene la facultad de pagar « en dinero la legítima, segun la *ley* 2. *tit.* « 5.° *lib.* 6. *vol.* 1., á cuyo efecto, si pre- « firiere verificar el pago de este modo, se « hará la valoracion correspondiente de todos « los bienes. Esto no ofrece dificultad nin- « guna cuando la reclamacion de la legíti- « ma tiene lugar desde luego, pues que en « este caso se atiende al valor que tienen los « bienes en quel entónces; pero si puede ha- « berla cuando, desde la muerte del testador « hasta la referida reclamacion, medie un « cierto periodo de tiempo durante el cual « haya aumentado ó disminuido el valor de « aquellos por un caso enteramente fortuito, « no por industria ó culpa del heredero. De- « berá en este caso atenderse para la evalua- « cion al tiempo de la muerte del testador, « ó al en que se verifica el pago? Antigua- « mente cuando la legítima debia precisa- « mente satisfacerse en cuerpos hereditarios, « no podia tener lugar esta cuestion, en aten- « cion á que el aumento ó disminucion que « la herencia tuviese se dividia por precision « á prorata entre el heredero y el legitima- « rio. Pero desde la promulgacion de dicha « ley 2.ª, la razon y la equidad exigian que « se fijase el tiempo del pago como aquel á « que debe atenderse para la valoracion de « los bienes. Esto, empero, no hizo el le- « gislador; pero la práctica, y la comun « opinion de los autores mas esclarecidos de « nuestro derecho municipal lo han sanciona- « do, Cancer parte 1.ª *Cap.* 3. *núm.* 28. Fon- « tanella *dec.* 574. Vives. *tom.* 2. *lib.* 6. *tit.* « 5. Y con mucha justicia, á nuestro modo « de entender; pues de esta suerte, ni el he- « redero, ni el legitimario resultan gravados « ni favorecidos en mas de lo justo. »

« Cuando ha transcurrido algun tiempo « desde la muerte del testador hasta el pago « de la legítima, se deben todos los frutos « percibidos y podidos percibir desde el dia « de aquella. Fontanella *dec.* 91. *n.* 15. toda « la *dec.* 92. y la 572. *núm.* 10. *y sig.* »

« Cuando el heredero prefiere pagar la « legítima en cuerpos hereditarios, se hace « la valoracion de todos los bienes en que « consiste la herencia, debiéndose entregar « por aquel una ó mas fincas, ni de las me- « jores ni de las inferiores, que poco mas ó « menos equivalgan á la legítima. Esta solo « se debe despues de la muerte del padre ó « de la madre, y por lo mismo premuriendo « los hijos no tienen derecho de transferirla « á sus herederos. Mas si los hijos, que pre- « mueren, dejan hijos, entónces estos deben « percibir la parte de legítima que corres- « ponderia á su padre, aunque, no como su- « cesores de este, sino por derecho propio. « En este caso, empero, deben los referidos « nietos recibir á cuenta de la legítima que « les corresponde sobre los bienes de sus « abuelos, lo que estos hubiesen dado á sus « padres ó madres por razon de matrimonio « ó dote, segun lo dispuesto en la *l.* 2. *tit.* « 3. *lib.* 6. *vol.* 2. »

« Es tambien costumbre en Cataluña que « cuando los hijos ó hijas toman estado, se les « señala alguna cantidad en pago de la legí- « tima paterna y materna, mediante la cual « renuncian á ellas y á la herencia paterna, « salvo el derecho de futura sucesion. Seme- « jante renuncia, como que acostumbra ir « acompañada de juramento, es válida y no « puede ya el hijo ó hija pedir cosa alguna « mas en razon de la legítima, á no ser si hubo « fuerza, temor, lesion enormísima, etc. V. « á Fontanella *cláus.* 5. *glos. única part.* 1. « *y* 2. Sin embargo de esta renuncia, los nie- « tos pueden pedir el suplemento, cuando sus « padres premueren á los abuelos de los « mismos; pues con esto los nietos hacen uso « de un derecho propio. Pequera *tom.* 2. « *decisiones dec.* 65. Cancer *part.* 3. *cap.* 15. « *núm.* 44. *y sig.* »

« Acostumbran algunas veces los pa- « dres dejar cinco sueldos en testamento « por razon de legítima; en este caso no « se entiende que los padres deban dejar « precisamente esta cantidad para que sea « válido el testamento, sino que han hecho « mérito de ellos, ya para que no se pueda « decir que los pretieren, ya tambien para « significar que por otros títulos han dejado

«á los hijos todo cuanto puede pertenecer-«les por legítima. Comes. *núm.* 1064 *y sig.* «Don. *t.* 1. *pag.* 128. Vives *tom.* 2. *pág.* «235. *y sig.*»

TÍTULO DÉCIMO NONO.

De la cualidad y diferencia de los herederos.

CONC. CON EL DIG. LIB. 29. TIT. 11. Y CON EL COD. LIB. 6. TIT. 31. (a).

Continuacion y argumento del título.

Si el testamento hubiere sido bien hecho desde un principio, ni se hubiere despues invalidado segun lo que se ha explicado en los títulos anteriores, empieza ya luego despues de la muerte del testador á deferirse la herencia en virtud de testamento, sin que para la adquisicion de la misma se requiera nada mas que la aceptacion; la cual es la otra parte de las que en el §. *ult. sup. per. quas. pers. cuiq. acq.* dijimos que constaba la adquisicion de la herencia. Sin embargo de que es igual el modo de adquirir la herencia por testamento, que ab intestato; con todo, habiendo el emperador explicado la delacion de la herencia por testamento, no quiso separar la otra parte que trata de la adquisicion de la misma una vez deferida, pudiendo sacarse de aqui lo que allí pertenece. Dos son las partes de este título, una de las cuales la manifiesta el epígrafe, y la otra trata de la aceptacion y repudiacion de la herencia. El conocimiento de esta depende de la primera; pues siendo varios los modos de adquirir la herencia, esta variedad proviene de la diversa cualidad y diferencia de los herederos; por lo que primeramente se habla de la cualidad y especies de estos, tratándose despues de la aquisicion y repudiacion de la herencia.

TEXTO.

Divisio hæredum.

Hæredes autem aut necesarii dicuntur, aut sui et necesarii, aut extranei.

TRADUCCION.

Los herederos, empero, se llaman necesarios, suyos y necesarios ó extraños (b).

COMENTARIO.

Esta division trimembre de los herederos está compuesta de otras dos bimembres, segun acostumbran hacerlo nuestros autores; pues pueden los herederos dividirse primeramente en necesarios y voluntarios, y aquellos en simplemente necesarios y en necesarios y suyos. Mucho mejor, empero, se oponen á los herederos necesarios los voluntarios que no los extraños, *arg. l.* 12. *de cond. inst. l.* 15. *y sig. de acq. hær. l.* 3. §. 3. *de hær. inst.*; puesto que los extraños se llaman tales principalmente para diferenciarlos de los suyos, sin tener en cuenta la necesidad, *l.* 46. §. 1. *de hær. inst. l.* 6. *in. pr. de inj. rupt. l.* 6. *de vent. in poss. mitt.* §. 7. *inf. de hær. quæ. ab int.* §. 26. *tit. sig.* Esta division proviene del derecho civil, pues que el pretor á los herederos necesarios les convirtió en el efecto en voluntarios, concediéndoles el beneficio de abstenerse, §. 2. *inf. al fin.*

«En España los herederos suyos no son «necesarios como veremos mas abajo en el «§. 2. *de este tit.*»

TEXTO.

De hæredibus necessariis.

1. Necessarius hæres est servus hæres institutus; ideoque sic appellatur, quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber et necessarius hæres sit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus hæredis bona, quàm ipsius testatoris, à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea causa res ejus quas sibi acquisierit, non veneunt

TRADUCCION.

De los herederos necesarios.

El siervo instituido heredero es heredero necesario, y

(a) L. 21. y sig. tit. 3. P. 6.
(b) L. 21. tit. 3. P. 6.

se llama tal porque quiera ó no, luego despues de la muerte del testador, se hace absolutamente libre y heredero necesario. Asi es que aquellos que sospechan que sus bienes no alcanzarán para cubrir las deudas, suelen instituir por heredero al siervo en primero, segundo ó ulterior grado, para que, si no satisface á los acreedores, sean mas bien poseidos ó vendidos por estos, ó divididos entre los mismos los bienes del heredero, que no los del testador. En compensacion de este perjuicio tienen la ventaja de que aquello, que adquiere despues de la muerte de su patrono, lo adquiere para si, y aunque los bienes del difunto no basten para satisfacer á los acreedores, con todo no son por dicha causa vendidas aquellas cosas que despues hubiere adquirido (a).

NOTAS.

1. *Pro hoc tamen incommodo*). Es decir, a causa de la mancilla que sobre él recae por venderse ó poseerse los bienes por los acreedores en su nombre.

Illud es commodum præstatur). Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως. Esto es, la merced de semejante injuria.

Ex ei causa res ejus). Cuyacio y Fabroto leen *ex alia causa quas sibi res acquisierit*, y asi tambien Teófilo. VINN. Nada con todo debe mudarse; pues Justiniano manifiesta que el siervo hecho heredero necesario es de mejor condicion, que el que hizo cesion de bienes; esto es, que no pueden *por dicha causa ser vendidas aquellas cosas* que posteriormente y de otro modo *hubiere adquirido*, segun puede hacerse con respecto á lo que adquiere despues aquel que ha hecho cesion de bienes, quedándole siempre salvo el beneficio de competencia, *l.* 4. 6. 7. *ff. de cess. bon.* HEINN.

COMENTARIO.

Necessarius hæres est servus, etc.). La causa de esta necesidad es la potestad señoril. En efecto, por qué razon no habia de ser lícito hacer heredero necesario á aquel á quien se podia dar muerte? *arg. l.* 11. *de lib. et post.* No dice instuido con la libertad, lo que antiguamente segun la opinion de muchos era necesario para que valiese la institucion, porque quiso que, aunque se hubiese omitido la dacion de la libertad, fuese el instituido libre y heredero necesario, *l. pen. C. de. nec. ser. hær. inst.* §. 2. *sup. qui et ex quib. caus. man. et sup. de hær. inst. in princ.* Asi pues, el siervo instituido por su señor, es absolutamente heredero necesario, con tal que haya permanecido en el mismo estado; pues si hubiere sido manumitido durante la vida del testador, es heredero voluntario; y si hubiere sido enagenado, se hace tal, adiendo la herencia por mandato de su nuevo dueño, §. 1. *sup. de hær. ins.*

Sive velit, sive nolit omnino post mortem testatoris protenus). Estas palabras del texto prueban evidentemente que el siervo no se dice heredero necesario, porque se le imponga la necesidad de adir contra su voluntad; sino porque inmediatamente y desde luego de la muerte del testador se hace heredero, y por la sola potestad del derecho sin adicion ninguna se obliga para con los acreedores hereditarios lo mismo que los herederos suyos y necesarios. Por esta razon, aun cuando fuere furioso, será heredero necesario del dueño, *l.* 63. *de acq. hær.*; y el negársele la facultad de abstenerse, es una prueba evidentísima de que se hace heredero *ipso jure*. De aqui se sigue que desde luego se hace tambien libre; siendo esto lo que da á entender el jurisconsulto en la *l.* 6. §. *ult. de hær. inst.* al decir que el siervo instituido heredero recibe la libertad de sí mismo, y lo mismo se dice en la 58 *de acq. hær.* Manifiesto, pues, es el error de Gifanio, quien dice que antes de la adicion no se hace libre ni heredero. Y á la verdad, fué necesario disponerlo asi para que se obligase aun á su pesar á los acreedores hereditarios; puesto que á nadie puede obligársele á que ada la herencia, ni aun el dueño á su siervo, *l.* 5. *C. de hær. inst.* Debe, con todo, advertirse que solo se hace heredero necesario aquel siervo, á quien por otra causa no se le debe la libertad; pues si uno en su testamento hubiese mandado ser y libre heredero á aquel siervo á quien debia manumitir en virtud de un fideicomiso, semejante siervo no será heredero necesario; por cuanto recibe la libertad no tanto por beneficio del testador, como por el ageno, y como que le es debida, *l.* 84. *de hær. inst.*

Unde qui facultates suas). Indica la principal utilidad, y la costumbre que de ella se seguió de instituir á los siervos. La utilidad consiste en que los bienes de los señores insolventes, despues de su muerte no se poseen ó venden por los acreedores en nombre de los mismos, sino en el del siervo heredero necesario. De aqui provino la costumbre que aquellos, que sospechaban que sus bienes no bastarian para pagar las deudas, temiendo la infamia de la pública almoneda, la hacian recaer de este modo sobre sus siervos; quienes deben resignarse á sufrir esta nota en cambio del honor de habérseles deferido la herencia y del beneficio de la

(a) D. l. 21. vers. *E. necessario*

manumision, segun hemos ya advertido en el §. 1. *qui et ex quib. ca. man.*

Hoc commodum præstatur). En compensacion de semejante injuria segun dice Teófilo. En efecto, hubiera sido muy duro que si despues de la muerte del testador, por su industria, ó por la liberalidad de alguno hubiese adquirido alguna cosa, hubiesen tenido los acreedores facultad de venderla. Con todo, antes de mezclarse en los bienes del testador, debe pedir al pretor la separacion de estos bienes, la cual consigue en este caso, *l.* 1. §. *ult. de sep. bon.* En cuyo lugar, y esto debe advertirse, se dice que tambien se separa aquello que se debe al siervo por el testador, como que tambien pueda decirse de esto que no proviene del patrono, lo que es una singular humanidad.

« Por lo que hace á España véase lo que « dijimos en el comentario del §. 1 *tit.* 6. « *lib.* 1. »

TEXTO.

De suis hæredibus.

2. Sui autem et necessarii hæredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, et deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse sed opus est, ut pater ejus, vivo patre suo, desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patria potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, et vivo quoq. patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii verò ideo dicuntur, quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quàm ex testamento, ex lege duodecim tabularum, hæredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere hæreditate, ut potius parentis quàm ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur. ♥

TRADUCCION.

Son, empero, herederos suyos y necesarios, por ejemplo, el hijo, la hija, el nieto ó la nieta nacida del hijo, y así sucesivamente los demás descendientes que estuvieron en la potestad del difunto. Pero para que el nieto ó la nieta sean herederos suyos no basta que estén en la potestad del abuelo al tiempo de la muerte de este; sino que es necesario que el padre de los mismos durante la vida de su padre haya dejado de ser heredero suyo, ya por haber muerto, ya por haberse librado de la patria potestad de otro cualquier modo; pues que entónces el nieto ó la nieta sucaden en lugar de su padre. Llámanse, empero, herederos suyos, porque son herederos domésticos, y en cierto modo se consideran dueños durante la vida del padre (a). *Por lo que, si uno muere intestado, los hijos son preferidos en su sucesion. Llámanse necesarios, porque quieran ó no, tanto por testamento como ab intestato se hacen herederos en virtud de la ley de las doce tablas; pero á estos les permite el pretor, si quisieren, abstenerse de la herencia, para que sean poseidos por los acreedores mas bien los bienes del padre que no los suyos.*

(b) L. 21. tit. 3. P. 6.

NOTAS.

2. *Qui in potestate morientis*). Es decir, al tiempo de la muerte segun Teófilo; y esto se observa constantemente en los hijos de primer grado, pues un hijo que está en la potestad no puede dejar de ser heredero suyo; mas no asi en los otros, segun luego se dice.

Non sufficit in potestate, etc.) De entre los que están en la familia del difunto es propiamente heredero suyo aquel á quien nadie precede en su órden, *l.* 33. *de test. mil. l.* 6. *de injus. rupt.* §. 2. *sup. de exhær. lib.*

Aut qualibet). Con todo, hay un caso en que el nieto que al tiempo de la muerte de su abuelo no era heredero suyo, á causa de la persona de su padre que le precedia, es heredero suyo ab intestato, si quedare destituido el testamento del abuelo; véase el §. 7. *y sig. inf. de hær. quæ ab int.*

Prima causa liberorum). Es decir, herederes suyos, §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.*; mas hoy dia todos los hijos, *Nov.* 118. *cap.* 1.

Sive velint, sive nolint). Esta necesidad proviene del derecho de patria potestad, *l.* 4. *de cond. et dem.*, la cual proviene á su vez de la ley decemviral, Dion. Halic. *lib.* 2. *pag.* 96.

Præter permittit volentibus abstinere). Por cuyo beneficio consiguen que aunque por derecho civil quedan obligados para con los acreedores hereditarios, con todo, no se da accion contra ellos, *l.* 57. *de acq. hær.* Asi que, en el efecto el pretor de necesarios los hizo voluntarios, mas no extraños; pues en aquello que les es útil se consideran aun como suyos, §. 3. *de hær. quæ ab int.*

COMENTARIO.

1. *Explícase mas plena y claramente de lo que vulgarmente se hace lo que son los herederos suyos.*
2. *Estas palabras heredero suyo, no son populares y de uso comun, sino forenses y propias de la disciplina del derecho.*
3. *Explícase muy latamente la razon de este nombre.*
4. *De donde proviene la otra calidad de estos herederos á saber, la necesidad, y qué efectos produce?*

5. El pretor al conceder el beneficio de abstenerse quitó la necesidad, pero dejando á salvo el derecho de suidad, y qué efectos produce esto?

1. *Veluti filius, filia, nepos, etc*). Aunque aqui se explique quienes sean y se llamen herederos suyos, no por medio de una definicion, sino con ejemplo; no obstante fácilmente podrá cualquiera por lo que se dice formarse una de breve y á propósito para explicar la materia. En efecto, si tan solo los hijos del difunto son herederos suyos, y de los mismos únicamente aquellos que estuvieron en la potestad de aquel, y de estos solo los que al tiempo de la muerte no eran precedidos por nadie en su orden, semejante induccion casi nos lleva, como quien dice, por la mano, á esta definicion: Los herederos suyos son aquellos hijos del difunto que al tiempo en que este muere están en su potestad y tienen el primer grado en su familia. Sin embargo, esta definicion no es enteramente perfecta. A la verdad, nada mas se exijiria en ella, si el tiempo de la muerte fuese siempre el mismo que el de la delacion de la herencia; mas estos tiempos no siempre concurren á la vez, por lo que en algunos casos sucede que uno que al tiempo de morir aquel de cuya sucesion se trata no es heredero suyo, lo sea posteriormente. No obstante, nadie sino aquel que tiene el primer grado en la familia del difunto al tiempo de morir este puede ser heredero suyo ni por testamento, ni tampoco ab intestato, si se supone el caso de no haberse hecho testamento ninguno, ó que el que se hizo se rompió ó vició durante la vida del testador; puesto que en estos casos no hay otro tiempo en que se defiera la herencia que el de la muerte. Pero si se propone el caso de que el padre de familias ha muerto despues de haber hecho un testamento conforme á derecho, el que no se ha anulado durante la vida del mismo, aqui puede suceder que aquel, que al tiempo de la muerte no era heredero suyo, lo sea despues, no en virtud de este testamento, sino quedando el mismo destituido ab intestato. Asi por ejemplo: un padre habiendo desheredado á su hijo, instituyó á un extraño: mientras el heredero escrito está deliberando, muere el hijo, y luego despues aquel repudia la herencia. Aqui el nieto habido de dicho hijo será heredero suyo ab intestato del abuelo, á pesar de que no pudo ser tal heredero suyo al tiempo de su muerte por precederle la persona de su padre, *l. 7. unde liberi. §. 7. y sig. inf. de hær. quæ ab int.* en donde se ilustra mas esto. Para que, pues, sea perfecta la definicion, en vez del tiempo de la muerte póngase el de la delacion de la herencia, de este modo: heredero suyo es aquel que estuvo en la potestad del difunto, y que al tiempo de la delacion de la herencia tenia el primer grado en la familia.

Aut qualibet alia ratione). Por ejemplo, por la emancipacion ó deportacion; pues si uno, por cualquier causa que fuere, dejare de ser heredero suyo, desde luego sus hijos ocupan su lugar, y sucediendo en el de su padre, se hacen cuasi naciendo herederos suyos del abuelo ó bisabuelo, §. 2. *sup. de exh. lib.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. l.* 29. §. 12. *y sig. de lib. et posth.* Mas hoy dia la ocupacion del lugar paterno, y la sucesion en el lugar de heredero suyo por causa de la emancipacion no produce efecto ninguno por lo que hace á la sucesion intestada desde que se dispuso que tambien los hijos emancipados fuesen por derecho civil tambien admitidos á dicha sucesion, siendo preferidos en la misma á los nietos de ellos mismos nacidos, aun cuando estos hubiesen sido retenidos en la potestad del abuelo, *Nov.* 118. *cap.* 1. De esto podemos deducir tambien que actualmente el edicto *de conj. cum eman. lib.* es inútil.

2 *Sed sui quidem hæredes*). El nombre de herederos suyos proviene del derecho civil, *l. ult. de bon. damn.* esto es, de la ley de las doce tablas, *l.* 220. *de verb. sing.*, siendo un nombre forense y propio de los jurisconsultos, no popular y del uso comun, sobre lo cual habla Hotomano, 9. *obs.* 10. Para entender esto debe saberse que el pronombre *suyo* no se toma aqui por nuestros autores del mismo modo y en el mismo sentido que por los gramáticos y por el uso vulgar. Este es cuando nos valemos de dicha palabra como relativa y reciproca de modo que se refiera á la persona que precede, por ejemplo, cuando se dice: *la muger no tiene en la potestad á sus hijos, l.* 5. *C. de adopt. El padre reconoció al parto ó al hijo suyo, l.* 1. §. 2. *y sig. de agn. et al. lib. Cayo, Seyo instituyó en testamento por heredero á su muger*; pues en estos modos de hablar el pronombre *su* ó *suyo* se refiere á la persona que precede, es decir, á la madre, á Cayo ó Seyo. Y este es el uso que de esta palabra se enseña á los niños en las escuelas con aquel vulgar ejemplo: *Rogat. et Cæsar ut suas partes sequaris.* Insiguiendo la misma costumbre, hablan tambien nuestros autores cuando unen entrambas voces *hæres* y *suus*, pero de modo que el pronombre *suus* vaya despues como en estos ejemplos: *Testator á Titio hæredesuo centum legavit. Titia ita fidei commissit hærdis sui. Stipulatus est sibi hæ-*

i eâique suo, ire agere licere, l. 2. §. *ult. de verb. oblig.* Mas cuando hablan segun el uso peculiar del derecho refieren el pronombre suyo al mismo que es heredero, y lo ponen (lo que debe observarse con cuidado) siempre antes, como en estos ejemplos: *Mulier suum hæredem paritura est, l.* 51. §. 1. *de acq. hær. Fœmina suum hæredem non habet, l.* 4. §. 2. *cont. tab.* con muchísimos otros. Asi pues, cuando se dice *Mulier suum hæredem non habet,* se considera que se habla segun el uso peculiar del derecho, y cuando *Sempronia hæredem suum rogavit ut partem hæreditatis restituat Titio*, segun el uso comun. La razon de este nombre luego la verémos.

Quia domestici hæredes sunt). Teófilo los llama οἰκειακοί en el mismo sentido que testimonio doméstico, §. 9. *sup. de test. ord.* y tambien οἰκογενεῖς, herederos *vernas*, que no descienden de otra parte, sino que están sujetos á la potestad. Asi tambien Plinio *Paneg. cap.* 37. opone los herederos *domésticos* á los *extraños* y dice que adquieren los bienes, no como agenos, sino como suyos y que siempre los hubiesen poseido.

5. *Et vivo patre quodammodo domini*). Llámanse herederos suyos, porque no adquieren una herencia agena sino en cierto modo suya, y porque no tanto son herederos de otro como de sí mismos; por lo que los griegos les llaman αὐτοκληρόνομοι, (herederos de sí mismos) lo que Lactancio acomoda elegantemente á su Fénix en este verso:

Ipsa sibi proles, suus est pater, et suus hæres.

Y se llaman con este nombre no solo despues de la muerte del padre, sino tambien durante su vida, y lo que ha de notarse particularmente, hasta viviendo el padre se dice que dejan de ser herederos suyos, por ejemplo, si hubieren sido capite minuidos, *l.* 1. §. 4. *l.* 11. *de suis et leg. l.* 13. *de inius̃t. l.* 29. §. 12. *y sig. de lib. et pósth.*; y esto asi, porque viviendo el padre son en cierto modo dueños, sócios, partícipes y coherederos del padre, segun el testimonio, no solo de nuestros autores como Paulo, *l.* 11. *de lib. et posth.* y Justiniano, *h. text. y* §. 3. *idf. de hær. quæ ab int.*, sino tambien de otros escritores como Terencio *Heaut. act.* 1. *scen.* 1. *Donec salvus redierit mens particeps*, y Auson. *Idill.* 3.

Justa quidem series patri succedere: verum
Esse simul dominos, gratior ordo piis.

Por lo que los siervos á cada paso llaman á los hijos de sus señores los dueños menores, νεώτερους δέσποτας, *amos mas jóvenes.* En la Odisea se llama porquero de Telémaco el que lo era de Ulises. En el *Gen.* 24. *num.* 65. un siervo de Abraham llama á Isaac su señor. De ahi es que despues de muerto el padre se considera que adquieren, no una herencia agena y nueva, sino una administracion mas plena y libre de los antiguos bienes, y que desde luego de la muerte de los padres se cuasi continúa el dominio, *d. l.* 11. *de lib. et posth.* por lo que sucede que cuando hay un heredero suyo, nunca se dice que está yacente la herencia, por cuanto entre la muerte del difunto y la existencia del heredero suyo no hay ningun intérvalo, *l.* 1. §. 7. *si quis omiss. ca. test.* De ahi se deduce tambien que los herederos suyos son herederos *ipso jure* sin hecho ninguno suyo ni de otro, sin adicion, ni crecion, ni gestion como herederos, *d.* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int. l.* 14. *de suis et leg.*, y por lo tanto antes de abrirse el testamento, *l.* 3. *C. de jur. del.* aun cuando ignoren que ha muerto el padre, y por consiguiente aunque sean furiosos ó estén por otra causa destituidos de voluntad, *d.* §. 3. *l.* 63. *de acq. hær.* Esto produce el efecto de que transmiten á cualesquiera herederos la herencia paterna, como que ya la tuviesen adquirida, *d. l.* 3. *de jur. del.*; y tambien que asi como de los extraños se dice que *adquieren, aden ó repudian la herencia*, de los suyos se dice que *son herederos, que retienen la herencia, se mezclan en ella ó se abstienen de la misma*, como que hacen uso como dueños de cosas ya antes suyas, y las retengan ó abandonen. Finalmente, de aqui proviene tambien la razon porque los herederos suyos han de ser desheredados, si no fueren instituidos, y que solo respecto de los mismos tiene propiamente lugar la desheredacion, *l.* 15. *v.* 1. *de verb. obl.* Véase á Hotomano 9. *obs.* 10. VINN. Del mismo modo se explica tambien Oiselio en Cayo *Inst. lib.* 11. *tit.* 3. §. 6. Mas con todo parece inadecuada la razon de que los hijos sean herederos durante la vida del padre, pues no hay herencia de un hombre vivo; y asi parece ser mas verosímil que los hijos se llaman herederos *suyos*, como que son propios y constituidos en la potestad y dominio quiritario del padre. Asi piensa Juan de la Cuesta al *princ. de este tit. Inst.* HEIN.

Si quis intestatus). De esto tratamos mas abajo en el §. 2. *de hær. quæ ab int.* Dice de propósito *intestado*, pues la ley de las doce tablas concedió á los ciudadanos romanos una ámplia facultad de testar, y en vir-

tud de dicha ley pudo el padre desheredar al hijo que tenia en su potestad y nombrar otro heredero. Mas esto que aqui es de derecho civil antiguo, pues que por derecho honorario empezó despues á tenerse consideracion de los hijos emancipados, quienes eran admitidos por el pretor á la posesion de bienes y en los efectos á la herencia lo mismo que si no hubiesen sido capite minuidos, *l.* 6. §. 1. *de bon. poss.* §. 9. *inf. de hær. quæ ab int.*; hoy en dia, lo mismo los hijos emancipados, que los suyos suceden ab intestato, aun por derecho civil, *Nov.* 118. *c.* 1., aunque continúan diferenciándose en el modo de adquirir la herencia, sobre lo que hablamos en otra parte.

4. *Necessarii ideo dicuntur, quia sive velint, sive nolint*). Esta necesidad proviene del derecho de patria potestad, *l.* 5. *de cond. et dem.* la cual fué semejante á la señoril, segun manifestamos en el §. 2. *sup. de pat. pot.* reduciéndose por ella los hijos á la condicion de esclavos, de donde vino el que como á estos, cuando eran instituidos por su señor, se les llamase herederos necesarios, *l.* 12. *de cond. inst. l.* 57. *de acq. hær.* Mas aunque la necesidad vaya inherente á la suidad, es con todo una cualidad diferente. Por el hecho de ser suyo, se hace uno heredero *ipso jure*, y quedan en su poder los bienes paternos; mas por el de ser necesario, está obligado á retenerlos, y á satisfacer, quiera ó no, á los acreedores paternos, *d. l.* 57. La suidad es mas bien un derecho del hijo, y la necesidad del padre, por cuya razon fué libre á este el remitir esta necesidad al hijo, y hacerlo de heredero necesario, voluntario, *d. l.* 12. *de cond. inst. l.* 86. *de hær. inst.* Ni jamás se dice que el padre haga suyo á un heredero, pero sí que lo hace necesario, y cuando hace al hermano heredero necesario del hijo impúber, no le hace suyo, segun dice muy bien Goveano, *d. l.* 2. §. 5. *n.* 53. y en la *l.* 10. §. 1. *n.* 2. *de vulg. et pup.* contra Bart.

Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate). Siendo uno de los efectos de la aceptacion de la herencia el obligarse á las deudas, aun cuando aquella no baste para satisfacerlas, *l.* 8. *de acq. hær.*, y adquiriendo los herederos suyos la herencia *ipso jure*, se sigue que están obligados á satisfacer á los acreedores hereditarios, aunque los bienes paternos no basten para ello, hasta tanto que estén dispuestos á abstenerse de la herencia. No obstante, la humanidad parecia exijir que aquellos que no la habian aceptado espontáneamente quedasen libres; pero lejos de favorecerles el derecho civil, por el mismo va esta necesidad aneja á la suidad. Y es de extrañar que la ley, que permitió al padre dar muerte á su hijo, le hiciese á este heredero necesario de aquel, ó permitiese al padre que lo hiciese tal? Sin embargo, el pretor moderó este rigor del derecho civil concediendo á los herederos suyos y necesarios la facultad de abstenerse, con cuyo beneficio aquellos, que quieren hacer uso de él, consiguen librarse de la necesidad de satisfacer las cargas hereditarias, *d. l.* 57. *de acq. hær*

5. De lo que, empero, se dice aqui que el pretor concede á los hijos herederos necesarios la facultad de abstenerse si quieren, y en otras partes que se libran de las cargas hereditarias si quieren dejar la herencia, *d. l.* 57. se deduce con razon que en el efecto el pretor de necesarios los hizo voluntarios, aunque no extraños, habiéndose quitado por el mismo la necesidad tan solo, mas no la suidad; puesto que esta es en su mayor parte útil á los hijos, á quienes se propuso el pretor favorecer y no perjudicar, *l.* 12. *de vulg. et pup.* Por esta razon, aun actualmente se hacen herederos *ipso jure* é ignorándolo, y se obligan á los acreedores hereditarios, §. 3. *inf. de hær. quæ ab int. l.* 22. *de cond. furt. d. l.* 57. aunque, teniendo en consideracion el beneficio del pretor por el cual no se da accion contra ellos, se diga que tienen el mismo derecho que tendrian si tuviesen el libre arbitrio de adir la herencia, *l.* 89. *de leg.* 1. Subsistirá, pues, aun el mismo efecto de la suidad que indicamos mas arriba, á saber, que si el hijo muriere, ignorando que habia muerto su padre, ó bien sabiéndolo, pero antes de declarar su voluntad acerca de aceptar ó repudiar la herencia del padre, transmita dicha herencia á cualesquiera herederos, como que ya la hubiese adquirido *ipso jure*. En otra parte dilucidamos la cuestion sobre si el derecho de suidad se quita por la desheredacion ó la sustitucion vulgar; pero aparece aun con mas claridad que el derecho de suidad no fué quitado por el pretor de la circunstancia de que, aun despues de la abstencion, no deja el nudo nombre de heredero de producir sus efectos, pues la sola existencia de heredero suyo confirma las tablas pupilares segun dijimos mas arriba al *pr. de pup. subst* y sostiene las libertades, *l.* 30. §. 10. *de fid. lib.* en cuyo lugar da por razon el jurisconsulto *que no está sin heredero aquel que lo tiene suyo, aun cuando se abstenga*; y tambien confirma el fideicomiso, de suerte que, restituida la herencia en virtud del senadoconsulto Trebeliano, se transmiten las acciones, *l.* 27. §. 3. *ad Sen. Treb.* Finalmente,

En esto se funda que la herencia del pupilo, aunque se abstenga, por derecho civil se considera confundida con la del padre, *l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* aunque en este caso puede el sustituto del pupilo pedir la separacion de los bienes del padre y de los del hijo, segun el parecer de Marcelo, confirmado por Ulpiano, *l.* 42. *de acq. hær.*

Ut potius parentis quam ipsorum bona). Es una especie de ignominia que los bienes de alguno sean poseidos ó vendidos públicamente por los acreedores á causa de las deudas: y hasta á los muertos interesa que no les suceda esto, por cuya causa se dispuso que pudiese dejarse á los siervos esta ignominia lo mismo que la herencia. Ni tuvo razon ninguna el pretor para conceder á los siervos herederos necesarios la facultad de abstenerse, *d. l.* 57. §. *ult. de acq. hær.* aunque creyó deber tener cierta consideracion al decoro y fama de los hijos, *l.* 28. *de reb. auct. jud poss.* Es decir, que de dos que son de igual condicion, creyó mejor que sufriese la injuria de ser vendidos ó poseidos sus bienes mas bien el padre difunto, que no el hijo que vive; mas bien aquel que no la siente, que no el que la siente.

« En España los hijos no son herederos « necesarios del padre, sino voluntarios, per- « mitiéndoseles dejar ó repudiar la herencia, « *l.* 5. *tit.* 6. *lib.* 10. *Nov. Rec.* del mismo « modo que por derecho pretorio entre los ro- « manos. Tampoco se reconoce apenas dife- « rencia ninguna entre los hijos suyos y los « emancipados, excepto en lo concerniente á « la sustitucion pupilar y á la tutela. Por lo « respecto á la necesidad de ser instituidos ó « desheredados, nuestras leyes establecen lo « mismo de todos ellos, como tambien de los « ascendientes, y de los hijos con relacion á « la madre. Véase lo que dijimos mas arriba « en los párrafos 5. *y* 7. *tit.* 13. de este libro. « No por esto dejamos de tener herederos « necesarios ó forzosos; pero los entende- « mos y llamamos asi, no por la necesidad « que ellos tengan de adir la herencia, sino « por la en que se hallan los testadores de de- « jarles la porcion lejítima; tales son los hi- « jos, y en su defecto los padres. »

TEXTO.

De extraneis.

3. Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes apellantur. Itaque liberi nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes à nobis instituti extranei hæredes nobis videntur. Qua de causa et qui hæredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia fœminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque hæres à domino institutus, et post factum testamentum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

TRADUCCION.

De los extraños.

Los demás, que no están sujetos á la potestad del testador, se llaman herederos extraños. Asi que, nuestros hijos, que no están en nuestra potestad, si les instituimos no son con respecto á nosotros herederos extraños. Por esta causa se cuentan en el mismo número aquellos que son instituidos herederos por la madre, porque las mugeres no tienen á los hijos en su potestad. Tambien se cuenta en el mismo número el siervo que ha sido instituido heredero por el dueño, y que despues de hecho el testamento ha sido por el mismo manumitido.

NOTAS.

3. *Hæredes á matre*). Asi como la madre no tiene á los hijos en su potestad, asi tampoco tiene herederos suyos, *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Mucho mas pertenecen aqui todos los ascendientes, los hermanos, etc. para distinguirlos, se entiende, de los herederos suyos; pues por lo demás todos los sucesores lejítimos y honorarios se diferencian con razon de los extraños.

Eodem numero). A saber, en el de los extraños; y esto á causa de que en virtud del testamento del difunto no ha conseguido entrambas cosas, esto es, la libertad y la herencia, §. 1. *sup. de hær. inst.*

COMENTARIO.

1. *En cuanto sentidos se llaman extraños los herederos?*

Síguese la tercera especie de herederos, á saber, los extraños, los cuales se llaman tambien voluntarios á causa de que adquieren voluntariamente la herencia, de suerte que, si quieren, pueden aceptarla, §. *ult. inf. eod* y si no quieren, no se les obliga á ello, *l.* 16. *C. de jur. del.*; y bajo este nombre se hubieran podido oponer mucho mejor en la division á los necesarios. Son, empero, herederos extraños ó voluntarios todos los hombres libres que no lo son suyos y domésticos; y por consiguiente aquellos que fueron llamados á la herencia testamentaria ó intestada sin estar en la potestad del difunto, ó bien sin tener el mas próximo grado en la familia. De los siervos son tales aquellos que en virtud del testamento del dueño no consiguen entrambas cosas, á saber, la libertad y la herencia. §. 1. *sup. de hær. inst. y h. tex. al fin.*

Qui in potestate nostra non sunt). Entiende los hijos emancipados, los que es sabido que por la emancipacion salen de la familia y se hacen extraños respecto del padre, *l.* 55. §. 1. *de rit. nupt.* Asi pues, ya sean instituidos por el padre, ya sean por el pretor llamados ab intestato á la posesion de bienes, no se hacen herederos ni poseedores de bienes *ipso jure*, sino adiendo la herencia ó aceptando la posesion de bienes por su voluntad. Y aun hoy dia, á pesar de que tambien por derecho civil suceden ab intestato, *Nov.* 118. *c.* 1. no se hacen herederos, sino queriéndolo y adiendo la herencia, segun, insiguiendo la comun opinion, nota aqui Wesembecio, y á su tiempo confirmarémos nosotros.

Qui hæredes á matre instituuntur). No teniendo la muger en su potestad á los hijos, tampoco puede tener herederos suyos, *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Con mayor razon, pues, pertenecen aqui todos los ascendientes y los hermanos; siendo especial el que el hermano nombrado por el padre sustituto de su hermano impúber se hace heredero necesario del mismo; pues está concedido al padre que haga necesarios al hijo los mismos que hace necesarios á si, *l.* 2. §. 4. *al fin. l.* 10. §. 1. *de vulg. et pup. l.* 42. *de acq. hær.* Goveano en *d. l.* 2. §. 4. *y* 5. prueba contra Bartolo que con todo no se hace dicho hermano heredero suyo del otro hermano.

1. No debemos omitir aqui que por herederos extraños no siempre entendemos todos los que son voluntarios, ni designamos todos los que no son suyos; pues tambien el hijo emancipado se distingue de los extraños, *l.* 114. §. 16. *de leg.* 1. *l.* 69. §. *pen. y ult. de leg.* 2. y en la *l. un. C. de imp. lucrat. de ser.* Bajo el nombre de extraños tan solo se designan aquellos que no se hallan entre los descendientes, y en la *l.* 36. *de bon. libert.* parece oponerse el extraño al patrono heredero lejitimo. Y á la verdad, cuando se trata del derecho de suceder ab intestato, no deben tenerse simplemente por extraños aquellos que por derecho civil ó pretorio pueden rescindir el testamento si fueren preteridos ó desheredados. De esta especie son los emancipados, á quienes, si fueren emancipados se les da la querella inoficiosa, y si preteridos la posesion de bienes *contra tabulas*, y por derecho novisimo hasta se les defiere la sucesion intestada en union con los herederos suyos. Tambien son del mismo número aquellos hijos que nunca estuvieron en la potestad, quienes, si fueren desheredados, pueden redargüir de inoficioso el testamento de la madre y del abuelo materno. Agréguese á esto que en virtud de la constitucion de Teodosio todos los hijos, que han sido instituidos por sus padres, transmiten á sus descendientes la herencia, aunque murieren antes de adirla, y hasta antes de abrirse el testamento, *l. un. C. de his qui aut. ap. tab.* cuyo efecto proviene tambien de la suidad; teniendo los suyos tan solo además de esto que, aun ignorándolo, transmiten la herencia á cualesquiera herederos. Ni los mismos padres deben considerarse enteramente extraños, puesto que, si fueren preteridos, les compete la querella inoficiosa. Y hasta todos los que por la ley ó por el pretor son llamados á la sucesion intestada, puede en cierto sentido decirse que no son extraños, á saber, para diferenciarlos de aquellos que no pueden suceder ab intestato, y en este sentido define Cayo en el *lib.* 2. *tit.* 3. *al fin.* á los herederos extraños diciendo que son aquellos que no están unidos con el testador por ningun grado de parentesco, aunque malamente en dicho lugar, pues en él opone los suyos á los extraños. De aqui puede deducirse lo que quiere decir Baldo en la *l.* 9. *col* 12. 3. *opp. C. de collat.*, cuando dice que se llama uno extraño por tres causas; ó por la suidad, ó por la filiacion, ó por el parentesco.

« En España se halla establecida la doctri-
« na de este §. en la *l.* 21. *tit.* 3. *P.* 6. *vers.*
« *E extraños.* Sin embargo, dificilmente pue-
« de decirse que los hijos emancipados sean
« herederos extraños; y lo mismo debe de-
« cirse por lo relativo á los hijos con respec-
« to á la madre, y á los ascendientes con
« respecto á los descendientes que no tienen
« hijos, por lo que dijimos en el §. *ant.*»

TEXTO.

De testamenti factione.

1. In extraneis hæredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive hæredes ipsi instituantur, sive ii, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis verò testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius et cum adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio; sive purè, sive sub conditione hæres institutus sit. Nam jus hæredis eo maximè tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solùm is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo, furiosus, et mutus, et posthumus, et infans, et filius familias, et servus alienus, testamenti factionem habere dicuntur Licet enim

testamentum facere non possunt; attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.

TRADUCCION.

De la testamentifaccion.

Respecto de los herederos extraños se observa que se tenga con ellos la testamentifaccion, ya sean instituidos herederos ellos mismos, ya aquellos que están en su potestad. Y esto se tiene en consideracion en dos tiempos: al de hacerse el testamento, para que subsista la institucion, y al de la muerte, para que tenga efecto. Tambien debe tenerse con él la testamentifaccion cuando adi la herencia, ya haya sido instituido puramente, ya bajo de condicion; pues la condicion del heredero debe principalmente atenderse en aquel tiempo en que adquiere la herencia, pues no le perjudica la mutacion que de la misma tiene lugar en el tiempo que media entre el en que se hace el testamento y la muerte del testador ó la existencia de la condicion de la institucion porque segun dijimos debe atenderse á tres tiempos (a). Se considera, empero que tiene la testamentifaccion no solo aquel que puede hacer testamento sino tambien aquel que en virtud del de otro puede adquirir para sí ó para otro aunque él no pueda hacerlo. Y por lo tanto, el furioso, el mudo, el póstumo, el infante el hijo de familias y el siervo ageno se dice que tienen la testamentifaccion, pues aunque no puedan ellos mismos hacer testamento, pueden en virtud de testamento adquirir para sí ó para otro.

NOTAS.

1. *In extraneis*). Está sacado de Florentino *l.* 49. §. 1. *de hær. inst.* Dice *respecto de los herederos extraños*, porque respecto de los suyos dificilmente puede tener lugar la cuestion de capacidad.

Qui in potestate eorum). La razon es por que la institucion de los siervos que por si son incapaces, se sostiene por la persona del dueño, con quien se tiene la testamentifaccion. *l.* 31. *d. tit.*

Ut effectum habeat). Esto es, para que el dia ceda útilmente; lo que sucede si al tiempo de la muerte es tal, que se le defiera útilmente la herencia, y puede conseguirla por medio de la adicion, *l.* 52. *de leg.* 2.

Et cum adit hæreditatem). Asi tambien habla Florentino en *d. l.* 49. §. 1. Por lo demás, no basta ser capaz en dicho tiempo, si la mutacion de la condicion del heredero tuviere lugar despues de la muerte del testador ó del cumplimiento de la condicion.

COMENTARIO.

1. *En la sucesion intestada no puede tener lugar la cuestion acerca la capacidad de los herederos en diversos tiempos, pero sí acerca de la calidad.*
2. *Qué es lo que se observa en la sucesion testamentaria respecto de los herederos suyos?*
3. *Nótase y refútase un insigne error de Wesembecio.*
4. *Cuando se trata de averiguar la capacidad, no hay diferencia ninguna entre que se hayan instituido los dueños ó sus siervos.*
5. *No se establece con razon para considerar la capacidad del heredero el tiempo de adir la herencia como un término distinto del tiempo de la muerte.*
6. *Pruébase con razones invencibles que el tiempo de adir la herencia no constituye un tercer término en la institucion pura ni cuarto en la condicional.*
7. *En la institucion pura, asi como solo hay dos extremos, asi tambien solo hay un tiempo medio que no perjudique, y en la condicional, asi como solo hay tres extremos, asi tambien solo hay dos tiempos medios.*

Explicadas las diferentes especies de herederos, pasa el emperador á aquello para conocer lo cual se hicieron principalmente dichas diferencias, á saber, á la misma adquisicion de la herencia deferida por el derecho. Y como en los herederos extraños (pues en los otros, segun luego demostrarémos, no tiene lugar la cuestion propuesta) para adquirir la herencia se requiere que sean capaces de la misma, muy bien enseña en primer lugar en qué tiempos se ha de mirar dicha capacidad para que puedan obtener la herencia que les ha sido deferida.

1. Para poder proceder con seguridad en esta materia, debe primeramente distinguirse la sucesion intestada de la testamentaria y en seguida la calidad de los herederos de su capacidad. En la sucesion intestada no puede tener lugar la cuestion acerca de la capacidad de los herederos en diversos tiempos; pues que nadie que no sea capaz a tiempo de la muerte de aquel de cuya sucesion se trata, es llamado á la sucesion intestada. Acerca de la calidad, empero, puede preguntarse, en qué tiempo ha de mirarse si uno es suyo ó próximo aguado; y se dispuso que para esto se atendiese al tiempo de la delacion de la herencia, cuyo tiempo es muchas veces el mismo que el de la muerte pero no siempre, §. 7. *inf. de hær. quæ ab int.* §. 6. *inf. de leg. agnat. succ.* en cuyos lugares explicamos esto detenidamente.

2. En la sucesion testamentaria apenas puede tener lugar la cuestion de capacidad en los herederos suyos, puesto que nadie puede dejar de tener con estos la testamentifaccion. Sin embargo, por lo que hace á la calidad, es decir, á la suidad, puede preguntarse si es necesario que sean suyos en entrambos tiempos; en el de hacerse el testamento, y en el de la muerte del testador, ó si basta que lo hayan sido en uno de ellos,

(a) L. 22. vers. Pero. tit. 8. P. 3

es decir, en el de la muerte. Y lo mas probable es, que basta hayan sido tales al tiempo de la muerte, aun cuando no lo hubieren sido en el de hacerse el testamento, segun la *l.* 18. *de injust. rupt. l.* 25. §. 1. *de lib. et posth.*; aunque es absolutamente necesario que hayan sido capaces al tiempo de hacerse el testamento; de lo contrario, la institucion no podria tener efecto por la regla Catoniana.

3. Debemos notar aqui un insigne error de Wesembecio, quien dice que no era necesario advertir esto acerca de los herederos suyos y necesarios á causa de que tienen la testamentifaccion por la persona del testador. Mas quien oyó decir nunca que nadie tenga la testamentifaccion por medio de la persona del testador? Es verdad que se tiene la testamentifaccion con un siervo por la persona del dueño, y que se sostiene la institucion del siervo ageno, si se tiene con su dueño la testamentifaccion, como que el mismo dueño hubiese sido mediatamente instituido por medio del siervo, *l.* 51 *de hær. ins. l.* 10. §. 1. *de acq. rer. dom.* Pero quien puede aplicar esto al siervo heredero necesario? ni quien puede acompañar al siervo la persona del dueño, cuando es uno mismo el dueño y el testador? Aqui, empero, vale la institucion por la persona del mismo heredero, en cuanto ya se le considera como libre y ciudadano romano al tiempo en que empieza á deferirse la herencia por testamento. Decir, empero, que el hijo de familias instituido heredero es representado por otra persona, ya sea instituido por un extraño, ya por el padre, es una cosa intolerable. Para volver á mi asunto, casi toda la cuestion acerca de averiguar la capacidad en diversos tiempos pertenece á los herederos extraños, y de estos á los que han sido instituidos en testamento; y asi es que tambien aqui se propone acerca de los mismos, sacándolo de Florentino, *l.* 49. §. 1. *de hær. inst.* En el decurso verémos si se dice bien aqui y en qué razon se funda que se atiende á tres tiempos; al de hacerse el testamento, al de la muerte del testador, y al de la adicion de la herencia.

4. *Sive ii qui in potestate eorum sunt*). Siendo los herederos extraños unos capaces, otros incapaces; y pudiendo aquellos ser instituidos, no solo ellos mismos, sino tambien sus siervos, podia preguntarse si en los mismos tiempos á que se atiende cuando han sido instituidos ellos mismos, se atiende tambien cuando lo han sido sus siervos? Dice, empero, aqui el emperador, insiguiendo á Florentino *d. l.* 49. §. 1. que no hay diferencia ninguna en el caso propuesto entre que hayan sido instituidos herederos los mismos dueños ó sus siervos; y con razon, pues sosteniéndose la institucion de los siervos que por sí son incapaces por la persona de sus dueños con quienes se tiene la testamentifaccion, *l.* 51. *de hær. inst.* se sigue necesariamente que cuando se ha instituido un siervo, se debe tener la testamentifaccion con su dueño en los mismos tiempos en que se exije cuando este mismo ha sido instituido, y por lo tanto al de hacerse el testamento y al de la muerte del testador. A esto, con todo, parece contradecir Terencio Clemente en la *l.* 82 *de acq. hær.*, pues dice que puede ser instituido el siervo de un incapaz, y que el mismo siervo es admitido á la herencia, si antes de adirla por mandato del dueño, fuere manumitido. Pero segun todo este lugar y su epígrafe manifiestan, no habla Clemente del siervo de aquel que absolutamente es incapaz, ó con quien *simpliciter* no se tiene la testamentifaccion, tal como es un extranjero ó un deportado (pues tambien estos pueden tener siervos, *l.* 7. *de legat.* 3.) sino del siervo de aquel con quien, como á ciudadano romano, se tiene la testamentifaccion, pero que no podia adquirir en virtud del testamento de aquel que se proponia que habia instituido el siervo; pues entre los ciudadanos los habia que en virtud de los testamentos de algunos no podian adquirir nada, ó tan solo una parte, como los solteros, los que no tenian hijos: véase mas arriba al *pr. de hær. inst.* Cuyacio lo explica de otro modo. *d. l.* 49. §. 1. *de hær. inst.*

5. *Duobus temporibus, testamenti facti, et mortis testatoris*). Luego despues, empero, añade otro tiempo, á saber, el de la adicion de la herencia como tambien el jurisconsulto en *d. l.* 49. §. 1. Acerca los dos tiempos de hacerse el testamento, y de la muerte del testador, la cosa es clara; pues al primero debe necesariamente atenderse para que valga la institucion, á causa de la regla Catoniana, que quiere se atienda al principio, y no permite que la institucion, que desde él no valió, valga en virtud de un hecho posterior, *tit. de reg. Cat.*; y al segundo para que tenga efecto la institucion, esto es, para que el dia de la misma ceda útilmente; lo que sucede si en dicho tiempo puede á uno deferírsele la herencia, y puede el mismo adquirirla por medio de la adicion, *l.* 52. *de leg.* 2. Mas si el emperador y el jurisconsulto *d. l.* 59. §. 1. al añadir á estos dos tiempos otro á saber, el de la adicion de la herencia, y si al decir que lo mismo en dicho tiempo que en los otros debe aten-

derse para la capacidad, procedieron con bastante fundamento, es cosa que puede con razon dudarse. En cuanto á mí, si he de decir lo que siento, creo que el jurisconsulto, cuyas palabras copió Triboniano, no habló con bastante precaucion en dicho lugar; y luego se reconocerá que al decir esto no procedo con lijereza,

6. *Hoc amplius et cum adit hæreditatem, etc., sive purè, sive sub conditione institutus sit*). Asi tambien se expresa el jurisconsulto en *d. l.* 49. §. 1. Luego el emperador y el jurisconsulto dicen que además de los dos primeros tiempos, á saber, el de hacer el testamento, y el de la muerte del testador, se atiende tambien para la capacidad del heredero al de la adicion de la herencia, ya haya sido instituido puramente, ya bajo de condicion. Pero á mí me parece esto lijeramente dicho, y que ya sea pura la institucion, ya condicional, el tiempo de la adicion de la herencia no se pone con razon como un término distinto del tiempo de la muerte para considerar la capacidad de heredero. En efecto, en primer lugar, cuando es pura la institucion, niego que para considerar la capacidad, se atienda á mas tiempos que al de hacer el testamento, y al de la muerte, y digo que no debe distinguirse de este último el de la adicion de la herencia, lo que demuestro de esta manera. El heredero instituido puramente, ó es capaz al tiempo de la muerte, ó incapaz. Si es incapaz, malamente se trata de averiguar su capacidad al tiempo de la adicion, puesto que aquel, que no es capaz al tiempo de la muerte, aunque despues se haga tal, no pueda adquirir la herencia, segun se da á entender claramente en este mismo lugar, y en *d. l*, 49. §. 1., pues para que la institucion surta efecto, se requiere que el instituido sea capaz al tiempo de la muerte. Ni la razon del derecho permite otra cosa, pues consta que segun ella el tiempo de la adicion se une con el de la muerte, *l.* 54, *de acq. hær. l.* 193. *de reg. jur.* Si es capaz, y despues, antes de adir la herencia, se volviese incapaz, siendo despues de pasado algun tiempo restituido al primitivo estado, podria en este caso tenerse en cuenta el tiempo de adir la herencia como un tercer extremo, pero que no se tiene, y que no puede en este caso adquirir la herencia el instituido, no prueba el que en la institucion pura solo hay un tiempo intermedio, durante el cual no le perjudique al heredero la mudanza de condicion, á saber, el tiempo que media entre la otorgacion del testamento y la muerte del testador; de lo que se sigue tambien que en la institucion pura, solo hay dos extremos que se tengan en consideracion para la capacidad del heredero, esto es el tiempo de hacerse el testamento, y el de la muerte del testador, segun este *text. vers. medio autem y d. l.* 49. §. 1. *vers. eod.* Finalmente, es cierto que no solo cuando el heredero instituido ha muerto antes de adir la herencia, sino tambien cuando ha sido deportado ó hecho siervo, entran luego los sustitutos ó los herederos ab intestato, *l.* 20. §. 5. *de lib. et post. l.* 1. §. 5. *de his quæ pro non script.* Ni tampoco en la institucion condicional puede decirse, que para la capacidad del heredero se atienda al tiempo de la adicion de la herencia, sino que además de los dos primeros, se tiene tambien en consideracion el de la existencia de la condicion, de suerte que hay aqui tres extremos; pero entónces, además del tiempo del testamento, y de la muerte, se atiende al de la existencia de la condicion, mas no al de la adicion; de otra suerte, deberia decirse, lo que es inaudito, que en la institucion condicional deben distinguirse cuatro tiempos; el de la otorgacion del testamento, el de la muerte, el de la existencia de la condicion, y el de la adicion; pues que la existencia de la condicion no hace heredero al instituido, sino que tan solo purifica la condicion, de suerte que, para adquirir la herencia, aun tiene necesidad el extraño de la adicion. Y además, no dicen el emperador y el jurisconsulto mismos en *dd. ll.* que en la institucion condicional no reconocen mas tiempos que estos tres que dijimos? En efecto, dicen que la mudanza de condicion, que tiene lugar entre la otorgacion del testamento y la muerte ó la existencia de la condicion, no perjudica al heredero. Si, empero, debiese del mismo modo atenderse al tiempo de la adicion, debieron haber añadido que tampoco en el tiempo intermedio entre la existencia de la condicion, y la adicion de la herencia perjudica al heredero. El efecto, pues, es que el tiempo de la adicion no forma en la institucion pura un tercer término, ni uno cuarto en la condicional; y por lo tanto, que se compara en este lugar lijeramente este tiempo con los anteriores. Por mi parte pienso, que lo que aqui se dice acerca de atender para la capacidad del heredero tambien al tiempo en que se trata de adir la herencia, no significa otra cosa sino que aquel, que en dicho tiempo no es capaz, aun cuando en los demás lo haya sido, no puede adquirir la herencia por medio de la adicion. Y aunque esta advertencia puede aparecer inútil, pues es contradictorio ser incapaz y poder adquirir la he-

rencia; con todo, que no es otro el sentido de dichas palabras, lo prueba el que, cuando se trata de los extremos y tiempos intermedios que no perjudican, el de adir la herencia no se cuenta entre dichos extremos, puesto que de nada sirve al heredero ser capaz en él, si fuera alguna vez incapaz despues de la muerte del testador, ó de la existencia de la condicion.

7. *Medio tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem*). Aquí tenemos expresados todos los tiempos, así los que se consideran como extremos, como los que se reputan intermedios. En la institucion pura hay dos extremos, el del testamento y el de la muerte del testador, y un intermedio que es el que media entre estos dos. En la condicional hay tres extremos, pues la existencia de la condicion forma uno, y dos intermedios que no perjudican, formando el segundo intermedio el tiempo que va desde la muerte del testador al cumplimiento de la condicion. Fuera de estos, no se cuenta ningun otro medio ni extremo. De aquí se deduce aquellas palabras que se siguen, *quia, ut diximus, tria tempora inspici debent* se dijeron con la misma ligereza que las anteriores, y ó bien sin tener en cuenta el tiempo de la existencia de la condicion, ó bien contado por uno los dos tiempos de la muerte y de la existancia de la condicion, á causa tal vez de que el último se retrotrae y une con el ananterior. Lo que dice Juan Fabro, de que en la institucion condicional no es necesario que el heredero sea capaz al tiempo de la muerte del testador, está destituido de toda razon; pues si se exije esta circunstancia al tiempo de la otorgacion del testamento, con mayoría de razon debe exijirse al de la muerte, el que debe considerarse como mas principal, por cuanto por la muerte se confirma el testamamento; y ya se ha dicho que el tiempo de la existencia de la condicion se retrotrae al de la muerte y se une con él, como tambien el de la adicion de la herencia, esto, empero, no puede tener lugar si al tiempo de la muerte no se tuvo la testamentifaccion con el heredero. Así pues, no tiene fuerza ninguna el argumento de Fabro de que en la institucion condicional es lo mismo el tiempo de la existencia de la condicion, que en la pura, el de la muerte; pues aunque en virtud de la institucion condicional no se defiere la herencia al tiempo de la muerte, sino tan solo cuando la condicion existe, por cuya causa tambien se atiende á dicho tiempo al averiguar la capacidad del heredero; con todo, tambien se ha de atender para esto al tiempo de la muerte, porque luego que la condicion existe, se retrotrae todo á dicho tiempo, considerándose lo mismo que si la institucion hubiese sido hecha puramente, sin que la institucion condicional se sostenga por otra causa, sino porque siempre, que la condicion llega, se retrotrae al tiempo de la muerte, y se considera lo mismo que si la herencia se hubiese dejado puramente; sobre lo que tratamos de propósito mas arriba §. 9 *de hær. inst.* Y claramente da á entender esto Justiniano al decir que debe atenderse á tres tiempos, pues es claro que esto lo dice tanto de la institucion condicional, como de la pura. De estos tres tiempos, empero, el uno es el de la muerte, pues se refiere á aquellos tres que antes habia enumerado; mas es necesario que los extremos sean hábiles. Esto es desconocido de muchos ó bien no lo tratan, como Viglio, Minsingero, Hotomano, Wesembecio y otros.

Ex alieno testamento capere). La testamentifaccion comprende dos derechos: el de hacer testamento, y el de adquirir en virtud del mismo. De ahí es que los doctores la dividen vulgarmente en activa y pasiva; pues aunque propiamente hablando, solo se dice que tiene la testamentifaccion aquel que puede hacer testamento, vemos con todo, que algunas veces nuestros autores dicen esto en un sentido mas lato de aquellos que tan solo pueden adquirir por testamento, *l.* 16. *qui test. fac. l. ult. pro hær.* con los cuales se dice mejor qne se tiene la testamentifaccion, segun demostramos en otra parte.

Furiosus). Marcelo en *d. l.* 16. §. 1. escribe que el furioso tiene la testamentifaccion, porque puede adquirir para sí un legado ó fideicomiso. No añade una herencia, porque si fuere instituido no puede adquirirla ni para sí ni para otro hasta tanto que recobre el entendimiento, excepto en el caso de ser heredero necesario el padre, *l.* 63. *de acq. hær.* Sin embargo, el curador del furioso puede en su nombre aceptar la posesion de bienes, *l. ult.* §. 5. *C. de cur. fur. l.* 1. *de bon poss. fur. inf.*

«En España si los hijos fueren instituidos «por sus padres, será válida la institucion con «tal que aquellos sean capaces al tiempo de «la muerte del testador, aunque no lo hu«biesen sido al de hacerse el testamento, *l.* «22. *tit.* 5. *P.* 6. Así pues, cesa entre noso«tros en este caso la regla Catoniana.»

TEXTO.

De jure deliberandi, et de beneficio inventarii.

5 Extraneis autem hæredibus deliberandi potestas est de adeunda hæreditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditatis; sive extraneus, cui de adeunda hæreditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit XXV. annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis, ita et si temere damnosam hæreditatem susceperint, prætor succurrit. Sciendum est tamen, divum Hadrianum etiam majori XXV. annis veniam dedisse, cùm post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit. Divus autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit; et constitutionem tam æquissimam, quàm nobilissimam scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hæreditatem, et in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necesarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis et deliberandum extimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

TRADUCCION.

Del derecho de deliberar y del beneficio de inventario.

Los herederos extraños, empero, tienen el derecho de deliberar acerca de adir ó no adir la herencia (a). Mas, ya aquel, que tiene facultad de abstenerse, se haya mezclado en la herencia, ya el extraño, á quien es lícito deliberar acerca de adirla, la hubiere adido, no tiene despues facultad de dejarla á no ser menor de 25 años; pues así como el pretor socorre á los hombres de esta edad engañados en cualesquiera otros negocios, así tambien les socorre si lijeramente hubieren aceptado una herencia dañosa. Debe con todo saberse que el emperador Adriano dió tambien esta facultad al mayor de 25 años, cuando despues de la adicion de la herencia apareciere una grande deuda que al tiempo de dicha adicion estaba oculta; pero esto lo concedió el emperador Adriano á alguno como un especial beneficio; mas posteriormente el emperador Gordiano lo concedió tan solo á los militares. Nuestra benevolencia, empero, hizo este beneficio extensivo á todos los sujetos á nuestro imperio (b), y dió una constitucion tan equitativa como exelente, cuyo tenor si los hombres lo observaren pueden adir la herencia y obligarse en aquello que aconteciere que valgan los bienes de la herencia; de suerte que así no les sea necesario el auxilio de la deliberacion, á no ser que omitiendo la observancia de nuestra constitucion, quisieren deliberar, y prefirieren sujetarse al antiguo gravámen de la adicion.

(a) L. 1. tit. 6. P. 6.
(b) L. 5. tit. 6. P. 6.

NOTAS.

5. *Extraneis hæredibus*). Está copiado esto de Florentino *l.* 49. §. 1. *de hær. inst.*, porque la deliberacion es propia de los herederos extraños. Sin embargo, desde que por el pretor se concedió á los herederos suyos la facultad de abstenerse, tambien se les concedió la de deliberar, *l.* 8. *y sig. de jur. del. l.* 19. *C. eod.*

Deliberandi potestas). Si los acreedores, legatarios, etc., no instan, tiene el heredero el espacio de 30 años para adir; mas si instan, debe adir luego ó pedir tiempo para deliberar, *l.* 9. *C. eod.* para inspeccionar entre tanto los instrumentos hereditarios y las cuentas del difunto, *l.* 5. *De eod. l.* 28. *de acq. hær.* El príncipe concede un año y el juez nueve meses, *l. ult.* §. 13. *C. de tit.* Antiguamente fué arbitrario este término, *l.* 1. §. 2. *D. eod,*

Immiscuerit se). Los herederos suyos no se dice que adan, que obren como herederos, ni que repudien, pues esto únicamente conviene á aquellos á quienes tan solo se ha ofrecido la herencia; sino que se mezclan y se abstienen, lo que propiamente se dice de las cosas adquiridas y ya nuestras, *l.* 14. §. 1. *de relig. l.* 11. *l.* 57. *l.* 71. §. 1. *l.* 87. *de acq. hær.*, aunque algunas veces se procede en esto con alguna negligencia, *l.* 7. §. 10 *de minor. l.* 6. *C. de leg. hær.*

Nisi minor 25 annis). *L.* 7. §. 5. *de minor.* A saber, en virtud de aquel edicto general, por la imprudente lijereza de esta edad.

Damnosam hæreditatem). Y por el contrario, si hubiesen repudiado una de lucrativa, *l.* 2. *C. si ut omn. hær.*

COMENTARIO.

1. *El heredero sucede lo mismo en las cargas que en las ganancias hereditarias.*
2. *Por causa de quienes y para qué fin se introdujo el derecho de deliberar; que efectos produce, y qué es lo que aquí añadió de suyo Justiniano?*
3. *Tambien á los herederos suyos se concedió por derecho pretorio la facultad de deliberar.*
4. *Despues de la adicion ó la inmixtion no puede dejarse la herencia, á no ser un menor de 25 años por medio de la restitucion* in integrum.
5. *A los mayores de edad apenas se les socorre en esta materia en virtud de la cláusula general.*
6. *Beneficio de inventario.*
7. *Cual es la pena de los que desprecian este beneficio?*

1. Aceptada la herencia, sucede el heredero en el derecho y lugar del difunto, y le

representa en todo lo que no está inherente á la persona, *l.* 37. *de acq. hær. l.* 24. *de verb. sign. l.* 62. *de reg. jur. l.* 8. §. 5. *de lib. leg.* Al decir esto, empero, entendemos que el heredero sucede no solo en el derecho que el difunto tuvo contra otros, sino tambien en aquel en virtud del cual estaba á estos obligado; en una palabra, que el heredero es sucesor tanto de las cargas y perjuicios, como de las utilidades hereditarias, y que por consiguiente, se obliga á las deudas del difunto, pudiendo por ellas ser reconvenido por los acreedores hereditarios, y estando tenido á satisfacerles, y á tomar sobre sí las acciones que nacen de los contratos del difunto, aun cuando la herencia no sea solvente, *l*, 8. *de acq. hær. l.* 2. *C. de hær. vel act. vend. l. ult. C. de hær. act.* §. 1. *inf. de perp. et temp. act.* (a). Siendo esto asi, es bastante peligroso el adir ó repudiar la herencia desde luego; aquello por el peligro de las deudas que al principio pueden estar ocultas, y esto para no perder una herencia lucrativa, repudiándola lijeramente. Asi es, que se han introducido dos remedios para precaver este peligro, y en favor de los herederos vacilantes, ya testamentarios, ya ab intestato; y no solo para los extraños que tratan de adir ó repudiar, sino tambien para los suyos que quieren mezclarse ó abstenerse (b). El uno es antiguo, y es el derecho de deliberar, del cual se habla al principio de este §.; y el otro nuevo introducido primeramente por Justiniano, á saber, el beneficio de inventario, que es el que se indica en el *vers. Sed nostra.*

2. Por lo que hace al derecho de deliberar, debe saberse que no solo se ha introducido en favor del heredero, sino tambien en el de aquellos á quienes interesa que la herencia se ada ó repudie luego, como son los acreedores, los sustitutos y aquellos que pueden suceder ab intestato. Aun mas, el heredero no tiene necesidad de este remedio si no hubiere ninguno de estos que inste, puesto, que mientras no hubiere repudiado la herencia tiene facultad de adirla, *l.* 9. *C. de jur. del.* pues por las leyes no está prefijado término ninguno para adir, y si por algun transcurso de tiempo se extingue el derecho del heredero, solo será por el larguísimo, es decir, por el de 30 años, segun la *l.* 3. *C. de præsc.* 30 *ann.* Sin embargo, si instaren, tendrá entónces el heredero necesidad de este remedio, á no ser que esté dispuesto á aceptar desde luego la herencia, ó á permitir la posesion de bienes, ó la sucesion de otros, *l.* 23, §. 2. *de hær. inst. l.* 69. *de acq. hær.*; pues entonces puede elejir entre responder luego, si quiere ó no ser heredero, y pedir tiempo para deliberar, *l.* 9. *C. de jur. del.* Este tiempo estaba antiguamente al arbitrio del juez, quien señalaba el dia que queria al que pedia el término para deliberar, *l.* 1. *in fin. de tit.* aunque no de modo que pudiese designarlo segun su capricho, sino un espacio que fuese razonable segun le dictase la prudencia, *d. l.* 9. *C. eod.*; es decir, el que le pareciese suficiente para averiguar los bienes del difunto, sin que nunca pudiese señalar menos de cien dias, *l.* 2. *eod. tit.* Justiniano mandó que el máximo, si se pide al príncipe, sea de un año, y si al juez de nueve meses, *l. ult.* §. 13. *C. eod.* (c). Conseguido el espacio para deliberar, es lícito al heredero durante el mismo averiguar á lo que asciende el patrimonio del difunto, y pedir que se le dé copia de las cuentas de éste y de los instrumentos hereditarios á fin de que pueda enterarse y decidir, si le conviene ó no aceptar la herencia, *l.* 5. *eod. l.* 28. *de acq. hær.* (d). Si dentro del término prefijado no ha aceptado la herencia, por lo que hace al sustituto y al heredero legítimo se considera esta por repudiada, *l.* 69. *de acq. hær.* y por adida respecto de los acreedores, *d. l. ult.* §. *pen. C. de jur. del.*; es decir, que segun sea útil á aquel á cuya instancia se ha señalado el tiempo, se considera el silencio del deliberante por adicion ó repudiacion. Justiniano concedió tambien á los herederos que si mueren dentro del año contado desde que supieron que les ha sido deferida la herencia sin haberla aceptado ni repudiado, transmitan á cualesquiera herederos el derecho de deliberar y de adir dentro de lo que restare del año, *l.* 19. *C. d. tit.* (e).

3. *Extraneis hæredibus*). El derecho de deliberar acerca de adir ó repudiar la herencia es propio de los herederos extraños y voluntarios; pues en los herederos suyos, si atendemos al derecho civil por el cual son necesarios, no puede tener lugar la deliberacion, por cuanto sin intervenir ningun hecho por su parte, son herederos desde luego é *ipso jure*, sin que tengan facultad de dejar una herencia asi adquirida. No obstante, desde que el pretor les redujo á la

(a) Princ. tit. 6. y l. 10. tit. C . 1. tit 3. P. 6.

(b) L. 2. tit. 6. P. 6.

(c) L. 2. tit. 6. P. 6.

(d) L. d. tit. vers. *Otrosi.*

(e) D. l. 2. vers. *E por ventura.*

condicion de los voluntarios concediéndoles el beneficio de abstenerse, se siguió el concedérseles tambien el derecho de deliberar á ejemplo de los herederos extraños y voluntarios; de suerte que del mismo modo que tienen estos el derecho de deliberar acerca de adir ó repudiar, asi tambien lo tengan los suyos sobre si consideran mas prudente mezclarse ó abstenerse de la herencia paterna, *l.* 8. *y sig. de jur. del l.* 19. *C. eod.*

4. *Postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit*). El heredero debe pedir el espacio para deliberar antes de adir la herencia ó de mezclarse en ella; pues es una regla de derecho que nadie puede dejar ó repudiar una herencia que ha adquirido, sea por medio de la adicion ó de la inmixtion, *l.* 4. *C. de rep. hær. l.* 10. *C. de jur. del.* (a). Ni el pretor concede la restitucion á nadie despues de la adicion ó inmixtion, á no ser á los menores de 25 años que por su imprudencia ó lijereza hayan aceptado una herencia dañosa; puesto que el pretor en virtud de su edicto general *de minoribus* socorre á los hombres de dicha edad, para que, aun despues de aceptada la herencia, puedan abstenerse, *l.* 7. §. 5. *de minor. l.* 57. §. 1. *de acq. hær.*, del mismo modo tambien que por el contrario, si uno por su imprudencia juvenil hubiere omitido ó repudiado una herencia ó posesion de bienes, es en algunos casos restituido por el pretor para que pueda aceptarla, á saber, cuando las cosas están íntegras, *l.* 24. §. 2. *de minor. l.* 1. *y* 2. *C. si ut omniss. hær.* A los hijos impúberes se les ha concedido además, que pueden absolutamente abstenerse, esto es, sin necesidad de acudir al pretor, se hayan ó no mezclado en la herencia, *l.* 11. *d. l.* 57. *de acq. hær.*

5. *Venian dedise*). Siendo singular este derecho y concedido por el príncipe en virtud de alguna gracia especial á alguno, no debió hacerse extensivo á las consecuencias. Asi que, soy de parecer contra lo que opinan Wesembecio y Bacovio, que el pretor en el caso propuesto no acostumbraba á socorrer á los mayores de 25 años en virtud de aquella cláusula general del edicto, *Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur*; pues con razon puede á estos objetárseles el que pudiendo no han pedido tiempo para deliberar. En efecto, ó despreciaron el beneficio del derecho, en cuyo caso son indignos de que se les socorra, ó lo omitieron neciamente, esto es, errando en el derecho, y entónces es sabido que no suele socorrérseles, *l. pen. in pr. y* §. *ult. de jur. et fact. ign.* Sin embargo, si no puede imputarse nada al heredero, no negaré que deba oírsele con conocimiento de causa; por ejemplo, si hubiere sobrevenido una deuda que estuvo oculta mientras que deliberó, y que no pudo saberla por mas que lo examinó todo dilijentemente, segun *d. l.* 8. *de jur. del.*, pues la simple ignorancia del hecho no debe perjudicar á nadie.

Gordianus postea militibus). Acerca del derecho que se dice haber concedido Gordiano á los militares, habla asi Justiniano en la *l. ult. C. de jur. del. No ignoramos la constitucion de los antiguos que Gordiano escribió á Platon acerca de los militares que por ignorancia adieren la herencia para que tan solo sean reconvenidos á proporcion de lo que encontraron en la herencia del difunto, y no sean sus bienes inquietados por los acreedores hereditarios.* Cuyo derecho y constitucion confirma despues en el §. *ult.* de la misma ley, añadiendo que por esta causa introdujo él que aunque los militares no hubieren hecho inventario, no estén por ello obligados á mayor suma de lo que hallaren en la herencia.

6. *Sed nostra benevolentia commune omnibus hoc beneficium, etc.*) Podia explicar en qué consiste su beneficio con igual número de palabras con que recomienda su benevolencia? Aquel es el mismo que se llama beneficio de inventario, á causa de que el heredero lo consigue haciendo un inventario solemne de las cosas hereditarias (b). El resúmen de la constitucion de Justiniano, la cual se halla en la *l. ult. C. de jur. del.*, es este: que el heredero dentro de 90 dias desde el en que supiere que le ha sido deferida la herencia si las cosas están cercanas; y dentro de un año si estuvieren distantes, haga inventario de todas las cosas hereditarias delante del escribano y á lo menos tres testigos y de las demás personas necesarias para este acto, como son los acreedores y los legatarios ó sus procuradores, *Nov.* 1. *cap.* 2. y lo firme de su propia mano ó cuide que lo verifique el escribano delante de los testigos. Hecho de este modo lejítimamente, consigue el beneficio de Justiniano, de suerte que no está tenido á mas de lo que alcanza la herencia (c), ni por la adicion se confunden las acciones que el mismo tenia contra el difunto; sino que puede retener lo que se le debia, no menos que los acreedores

(a) D. l. 1. vers. *E esto.* L. 18. tit. 6. P. 6. vers. *E otrosi.*

(b) L. 5. tit. 6. P. 6.

(c) D. l. 5. y l. 7. d. t. vers. *E otro.*

extraños exijir lo suyo, nada de lo cual conseguia el heredero por derecho antiguo, *l.* 8. *de acq. hær. l.* 75. *de solut. l.* 7. *de pact.* Jason en sus adiciones á Porcio §. 7. *inf. de fideic. hær.* dice que el inventario hecho por el heredero fiduciario se puede ceder en favor del fideicomisario, y que una vez cedido, le aprovecha; y tambien que el mismo fideicomisario puede hacerlo si no lo hubiere hecho el heredero.

7. *Nisi omissa observatione nostræ const. deliberandum existimaverint*). Aunque á Justiniano le pareció que despues de introducido el beneficio de inventario era casi enteramente inútil el derecho de deliberar; con todo, segun dice el mismo, movido por las súplicas de muchos, que deseaban hacer uso del antiguo remedio, *d. l. ult.* §. 13. *C. de jur. del.* dejó libre aquel derecho. Y á la verdad no dejó de haber para esto úna grande razon; pues la confeccion de inventario tiene el inconveniente de ser necesario que se descubran los bienes del difunto, lo que casi todos quieren evitar, si les es posible. Admitió, pues, el derecho de deliberar; pero de modo que á los que lo pidiesen y dentro el tiempo prescrito adiesen la herencia, les impuso como pena del desprecio de su beneficio estas dos cargas: primera, que estuviesen obligados *in solidum* á los acreedores aunque hubieren hecho inventario con toda escrupulosidad, segun habla él mismo, y segunda, que si no hicieren inventario fuesen privados del beneficio de la Falcidia, *d. l. ult.* §. *pen.* Ultimamente dispuso tambien que el heredero que no hiciere inventario esté obligado á pagar íntegramente los legados, aun cuando excedan de lo que asciende el patrimonio, *Nov.* 1. *cap.* 2. (a). Quien quiera saber mas acerca de lo perteneciente á la confeccion de inventario puede ver los DD. en *d. l. ult.*

« En España cualquiera de los hijos del « difunto transfiere á sus herederos la he« rencia que le hubiere sido deferida, aun « cuando haya muerto despues de transcur« rido el tiempo que tenia para deliberar; « pero no sucede asi si el heredero fuere un « extraño, *l.* 2. *tit.* 6. *P.* 6. Además, el año « que se concede para la consumacion del in« ventario, caso de no poder hacerse dentro « de los tres meses, se cuenta desde el último « dia de estos, no desde el de la muerte del « testador, *l.* 5. *del mismo título.* »

« En cuanto á Cataluña, nos rejimos en « esta materia por el derecho romano; solo « que por consuetud no es necesaria la in« tervencion del juez, citacion de parte, ni « acto alguno judicial, bastando la presencia « de un escribano público, y dos ó tres tes« tigos. Esceptúase la ciudad de Tortosa en « donde se observan las solemnidades pres« critas en la *l. ult. C. de jur. del.* »

(a) L. 10. tit. 6. P. 6.

TEXTO.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6. Item extraneus hæres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hæreditatem vocatus, potest aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hæreditatis, hæres fieri. Pro hærede autem gerere quis videtur, si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, locandove · et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hæreditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, testatum intestatumve obiisse, et se ei hæredem esse. Pro hærede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntas extraneus hæres fit: ita contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro hærede gerere, et acquirere sibi hæreditatem; si tamen intelligit quod agit.

TRADUCCION.

De la adquisicion ó repudiacion de la herencia.

Tambien el heredero extraño instituido en testamento ó llamado ab intestato á la herencia legítima, puede hacerse heredero, ú obrando como tal, ó por la nuda voluntad de aceptar la herencia. Se considera, empero, que uno obra como heredero, si uno usa como tal de las cosas hereditarias; ó vendiéndolas, ó cultivando los prédios ó arrendándolos; y de cualquier modo que declare su voluntad de adir la herencia con hechos ó de palabra (b)*: con tal que sepa que aquel en cuyos bienes obra como heredero ha muerto testado ó intestado, y que él es heredero suyo; pues obrar como heredero es obrar como dueño, pues los antiguos decian herederos en vez de dueños. Del mismo modo, empero, que por la nuda voluntad se hace heredero un extraño, asi tambien por una determinacion contraria es repelido de la herencia* (c)*. Aquel, que es mudo ó sordo de nacimiento ó que despues se ha vuelto tal, puede obrar como heredero y adquirir la herencia para sí.*

NOTAS.

6. *Tamquam hæres utàtur*). Pues puede uno administrar las cosas hereditarias sin hacerlo como heredero; por ejemplo, si hizo algo por compasion ó por custodia, ó bien creyendo que la cosa era suya, *l.* 20 *pr.* y §. 1. *de acq. hær.*

(b) L. 11. tit. 6. P. 6.
(c) L. 18. tit. 6. P. 6.

Vendendo res hæreditarias, etc.). A no ser que pruebe que no hizo ninguna de estas cosas como heredero, *d. l.* 20. §. 4. *l.* 1. *C. de rep. hær. l.* 1. *C. de jur. del.*, aunque hay ciertas cosas que nadie puede hacer sin tener el nombre y derecho de heredero. De ellas hay un ejemplo en *d. l.* 20. §. 4. *l.* 42. §. 2. *eod.*

Dummodo sciat). Véanse las *ll.* 19. 22. 32. §. *ult. eod.*

In cujus bonis pro hærede gerit). Aqui parece que esta expresion *pro hærede gerere* se toma en un sentido mas lato que al *pr. del* §. El significado de esta expresion y el de la palabra *adire* es general; usándose algunas veces esta por aquella y viceversa, *l.* 42. *de inter. in jur. l.* 88. *de acq. hær.*

Contraria destinatione). Con tal, empero, que de palabra, por escrito ó por señas declare que no quiere ser heredero, *l.* 95. *eod.*; ó bien por medio de algun acto ó hecho del que dicha voluntad se deduzca. Un ejemplo de ello tenemos en la *l.* 17. §. 1. *l.* 77. *eod. l.* 23. §. 1. *de inoff. test.*

COMENTARIO.

1. *La doctrina de este §. pertenece propiamente á los herederos extraños.*
2. *Solo son dos los modos de adquirir la herencia, distintos entre sí, á saber, la adicion y la gestion como heredero.*
3. *Aquellos, que establecen mayor número, engañan á los estudiosos del derecho.*
4. *La crecion solo fué una especie de adicion solemne contra lo que piensa José Scaligero, y porqué no se hace aqui ninguna mencion de ella?*
5. *De qué actos de la administracion se colige la intencion de obrar como heredero?*
6. *Critícase la opinion de Porcio, Angelo y Bacovio acerca de la nuda deliberacion del ánimo.*
7. *De qué cosas se ha de ser sabedor para hacerse heredero por medio de la adicion ó de la gestion como tal?*
8. *Diversas etimologías acerca de la palabra* heredero.
9. *En aquel que repudia la herencia se exigen por el contrario las mismas cosas que en el que la acepta.*
10. *Tambien los sordos y mudos pueden obrar como herederos.*
11. *Qué se observa si ha sido deferida la herencia á un furioso, á un impúber, ó á un infante?*

1. Este §. no pertenece á los herederos suyos sino tan solo á los extraños; pues se explican aqui los modos próximos como se adquiere la herencia ó se pierde el derecho de adquirirla, nada de lo cual tiene lugar en los herederos suyos, puesto que, continuándose en ellos por la muerte del padre el dominio de las cosas paternas, que ya antes tenian, no puede decirse que adquiéran la herencia ó que pierdan el derecho de adquirirla. Es verdad que desde que el pretor les concedió la facultad de abstenerse dejaron por derecho honorario de ser necesarios, mas no dejaron por ello de ser herederos suyos del padre, y de ser tales en el mismo momento de la muerte del padre, segun demostramos mas arriba, y lo prueban las palabras de que el pretor y los jurisconsultos hacen uso en esta materia. En efecto, no dicen de los herederos suyos que obren como herederos, ni que adan, acepten ó repudien la herencia, pues esto solo conviene á aquellos á quienes únicamente se ha ofrecido la cosa ó herencia; sino que la retienen, se mezclan en ellas, se abstienen de la misma, ó bien que la dejan, lo que se dice tan solo de las cosas adquiridas y ya nuestras, *l.* 44. §. 8. *de rel. l.* 7. *de jur. del. l.* 42. §. *ult. de bon libert. l.* 11. *l.* 57. *l.* 71. *l.* 87. *de acq. hær.* Pues cuando, lo que sucede raras veces, confunden nuestros autores estas cosas como en la *l. ult. de succes. edict. l.* 4. §. 1. *de fid. lib. l.* 21. §. *ult. de jur. patr. l.* 1. §. 10. *ad Tertul. l.* 6. *C. de leg. hæred.* no hablan con toda propiedad. Solo se proponen dos modos de adquirir la herencia los extraños, á saber, la adicion y la gestion como heredero. Si, empero, estos modos se diferencian en el efecto como en el nombre, y si hay otros además, lo verémos en la explicacion del texto.

2. *Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate*). Toda herencia ya deferida en testamento, ya ab intestato la adquiere un heredero extraño por sola la voluntad é intencion, con tal que declare esta voluntad de aceptarla. Esta declaracion se hace ó de palabra ó por hechos. Aquel que hace lo primero, se dice que ade, y el que verifica lo segundo, que obra como heredero. De ahí los dos modos de adquirir la herencia; la adicion y la gestion como heredero, *l.* 25. §. 7. *l.* 69. *de acq. hær. d. l.* 14. §. 8. *de reliq. l.* 19. *C. de jur. del.*; en cuyos lugares puede observarse que estos modos se distinguen por el nombre, de suerte que del que ade, no se dice que obra como heredero, ni de este se dice que ade. Asi tambien en este §. se distinguen claramente como cosas distintas obrar como heredero y adquirir la herencia por la sola voluntad, y por lo tanto no debe de ningun modo convenirse con Wesembecio que afirma que no hay diferencia ninguna entre estas dos cosas. A la verdad confieso que el significado de las palabras no obsta en nada para que se diga que el que obra como heredero ade, y a

revés, que el que ade obra como heredero; de suerte que poco despues el mismo Justiniano confunde estas dos cosas, como tambien el jurisconsulto en la *l.* 12. *de inter. in jur.* Mas el uso de los antiguos hizo de ellas dos especies para mayor claridad, de modo que se dijese que adia aquel que por una simple manifestacion se declarase heredero, y que obraba como tal aquel que por medio de algun hecho manifestaba la misma voluntad. Ni Ulpiano niega esto al decir en la *l.* 20. *de acq. hær.* que el obrar como heredero no tanto es de hecho como de intencion; pues con esto solo da á entender, segun manifiesta el mismo lugar, que para saber si se ha obrado como heredero, no tanto debe atenderse á lo que se ha hecho, como á la intencion con que se ha verificado. Con mayoria de razon podria parecer que lo niega Paulo cuando en la *l.* 88. *de acq. hær.* dice que obra como heredero aquel que con el ánimo acepta la sucesion, aunque nada toque de la herencia; mas aparece que el jurisconsulto toma allí el verbo *tocar* en un sentido estricto, negando que toque nada aquel que retiene como hereditaria una casa obligada en prenda, aunque es sabido que en realidad toca algo, y que de este modo declara su voluntad por medio de un hecho y no de palabra.

3. Sentado esto, veamos si hay mas modos de adquirir la herencia que los dos de que hablamos, y que son los únicos de que hace mencion aqui el emperador. Y debe establecerse absolutamente que no hay otros, cuidando de no dar crédito á aquellos que escriben que la herencia se adquiere de cinco modos, á saber, la crecion, la adicion, la gestion como heredero, la inmixtion y la agnicion, engañando de esta suerte á los estudiosos del derecho. En efecto, en primer lugar, por lo que hace á la inmixtion, es enteramente agena de aquí, puesto que los herederos suyos de quienes es peculiar, nada de nuevo adquieren por esto hecho que no tuviesen ya antes, sino que, tocando á lo ya adquirido, declaran de esta suerte que quieren retenerlo, segun latamente probamos mas arriba. Decir que la aceptacion es un modo de adquirir la herencia diferente de la adicion, es una grande necedad; pues qué otra cosa es aceptar la herencia que declarar que se quiere ser heredero? y esto es otra cosa que adir? Si es lícito hacer tantos modos diversos de adquirir la herencia cuantas son las palabras de que hacen uso los antiguos para expresar esto, no solo cinco, sino ocho ó mas deberán ponerse; pues no so lo aceptar la herencia, leemos entre los antiguos, sino tambien abrazarla, tomarla, admitirla, *l.* 6. §. 1. *l.* 40. *al fin.*, *l.* 87. *de acq. hær.* Estas palabras, empero, aunque diferentes expresan una sola y misma cosa.

4. La crecion antiguamente tampoco fué otra cosa que una especie de adicion solemne, segun lo manifiesta la fórmula de la crecion que refiere Ulpiano en el *tit.* 22. §. 25. en estas palabras: *Cum me Lucius Titius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque.* Y Festo dice: *crevi* significa *adí* la herencia y manifiesta el error de Escaligero, quien dice que *crevi* no significa propiamente *adí* la herencia, la referida fórmula. Lo que dice Festo *crevi, hæreditatem adi,* lo expresa Ulpiano en *d. t.* §. 16. *y* 21. de esta suerte: *cernendo fit hæres.* Aqui, empero, se ha omitido hacer mencion de la crecion, porque derogada la solemnidad que antiguamente se exigia para ella, *l.* 17. *C. de jur. del.* hasta la herencia deferida con la crecion empezó á poder adquirirse ó por la simple adicion, esto es, por cualquiera manifiesta declaracion de la voluntad de ser heredero, ó tambien por la gestion como tal; lo que antiguamente no se observaba así; Ulp. *d. lug.* Y esto es lo que dice poco despues Justiniano: *y de cualquier modo que declare su voluntad, de palabra ó por hechos.* Pero á qué nos fatigamos? No solo en todos los lugares en los que de propósito se trata de los modos de adquirir la herencia como en la *l.* 59. *de acq. hær. l.* 14. §. 8. *de rel. l.* 19. *C. de jur. del.* manifiestan que la misma no se adquiere mas que de estos dos; sino que la cosa misma prueba que no puede adquirirse por otros; pues es claro que todo consiste aqui en la voluntad de adquirir la herencia, faltando tan solo que dicha voluntad se declare. No puede, empero, declararse de otros modos que de estos dos: ó por la declaracion manifiesta ó por algun hecho: aquello lo llaman los antiguos adicion, y esto gestion como heredero. Acerca de las creciones pueden los amantes de la antigüedad ver á Brissonio *l.* 7. *de form.* y á Revardo *de auct. prud. c.* 8.

5. *Si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur*). Dijimos que los herederos extraños no adquirian la herencia sino con la voluntad y deliberacion del ánimo, y que aquel que declara su intencion por medio de una manifestacion de palabra, se dice que ade, y aquel que hace esto por medio de algun hecho, se dice que obra como heredero. Ahora bien: consistiendo el adir en una declaracion manifiesta, no puede suscitarse duda ninguna acerca de lo que haya querido con ella el heredero; pero si este hubiere ve-

rificado algun hecho, puede dudarse con qué intencion lo ha verificado, puesto que los hechos no hablan y pueden verificarse con otra intencion que la de obrar como heredero; pues puede uno mezclarse en las cosas hereditarias sin obrar como heredero, *l.* 20. *in pr. y* §. 1. *de acq. hær.* De qué actos, pues, en aquello que el heredero administra se colige la intencion de obrar como tal? De muchos á la verdad. Supóngase que hizo alguna cosa que sin el nombre y derecho de heredero no pueda hacer, por ejemplo, si en virtud de la voluntad del testador recibió alguna cosa para cumplir la condicion, *d. l.* 20. §. 4.; ó hizo algo que solo como heredero pudo hacer útilmente y con efecto, como si manumitió á los siervos hereditarios, *l.* 42. §. 2. *eod. tit.* Es claro que aquel que hace estas cosas, las hace como heredero; y que en ellas obra como tal. Y qué diremos si se ha servido de las cosas hereditarias, como si ha habitado las casas, cultivado ó arrendado los campos, dado alimentos á los siervos, apacentado el ganado ó los jumentos, pagado las deudas ó vendido algunas cosas? Tambien se cree haberlo hecho mas bien en su nombre que en el de otro, y que en todo esto ha obrado como heredero (a), á no ser que pruebe lo contrario, y que hizo estas cosas, ó bien para custodiarlas, ó porque creyó que eran suyas, ó bien mientras estaba deliberando para conservarlas salvas, por lo que, en semejantes hechos, es prudente que el heredero declare desde un principio, que lo que va á hacer, no lo hará como tal, *d. l.* 20. §. 1. *l.* 1. *C. de repud. hær. l.* 2. *C. de jur. del.* Sin embargo, si hizo las exequias al difunto, no se considerará por esto solo que ha obrado como heredero, porque semejante oficio puede prestarse á cualquiera tan solo por humanidad; aunque será mejor que tambien en este caso proteste, *l.* 14. §. 8. *de rel.* (b).

6. *Et quoque modo voluntatem declaret, vel re, vel verbo*). O debe tomarse esto disyuntivamente, y entenderse repetido lo que antes se ha dicho de que la herencia se adquiere, ú obrando como heredero; lo que ahora se dice manifestando la voluntad por medio de hechos, y por la nuda voluntad, lo que se dice ahora declarando la voluntad de palabra; ó bien debe confesarse lo que dije mas arriba de que Justiniano toma aqui esta expresion *obrar como heredero* en un sentido mas lato, y que con ella comprende entrambos modos de adquirir, tanto de palabra como por hechos. Sea como fuere, la voluntad de aceptar la herencia es preciso que se manifieste ó por algun hecho ó por palabras, puesto que segun se dice vulgarmente, el propósito retenido en el entendimiento, no produce efecto ninguno. Asi pues, lo que Acursio en la *l.* 2. *inter. in jur.* dice que la adicion de la herencia consiste en la voluntad oculta, no debe entenderse de suerte que aquel, que simplemente y en su interior hubiere resuelto adir, quede con esta resolucion obligado á la herencia, sino que nadie se obliga como heredero sino aquel que se pruebe que ha obrado con la intencion de hacerse tal; esto, empero, es oculto y muy dificil de probar. Ni convengo tampoco con Porcio y Angelo quienes piensan que por la simple resolucion se hace uno heredero y se obliga en el foro de la conciencia, de cuya opinion parece ser tambien Bacovio; pues segun dice muy bien Bartolo en la *l.* 88. *de acq. hær.* de nadie debe presumirse que quiera aquello que de ningun modo ha manifestado; y el prudentísimo y doctísimo Viglio dice aquí: *Las inclinaciones del entendimiento humano son muy varias, de suerte que ya nos inclinamos á adir, ya á repudiar, y solo se considera que queremos algo cuando confirmamos nuestra intencion con alguna señal exterior. De otra suerte, qué cosa hay mas inconstante y mudable que el pensamiento humano? Ni Dios*, dice, *pienso que quiere quedemos obligados por semejante voluntad indiscreta.* De paso advierto que la herencia debe adirse puramente y no bajo de condicion, pues que si uno, por ejemplo, dijere *Ado la herencia si fuere solvente*, semejante adicion será nula, *l.* 51. §. *ult. de acq. hær.*

7. *Dummodo sciat, testatum intestatumve obiisse, et se ei hæredem esse*). Dos cosas exige el emperador para que uno se haga heredero adiendo ú obrando como tal; la una de las cuales es que sepa que el difunto ha muerto testado ó intestado (c). Y primeramente debe estar cerciorado de que ha muerto, puesto que de un hombre vivo no puede darse herencia, *l.* 19. *l.* 27. *l.* 32. *l.* 94. *de acq. hær.* Supongamos, pues, que un próximo agnado, ignorando que ha sido instituido heredero, ha administrado los bienes y la herencia como que le hubiesen sido deferidos por la ley; no será heredero, pues para que obrando como tal se obligue á la herencia, debe saber en virtud de qué causa le pertenece esta, segun Paulo *l.* 22. *eod.*

(a) D. l. 11. tit. 6. P. 6.
(b) D. l. 11.

(c) L. 14. tit. 6. P. 6.

Lo otro que se exije es que sepa que es heredero, esto es, que le ha sido deferida la herencia por testamento ó ab intestato, y por consiguiente tambien debe estar cierto de la condicion del testador, si era padre ó hijo de familias, y en general, si tuvo ó no la testamentifaccion, *l.* 32. §. *ult. eod.* (a). Además, aunque supiera que ha sido instituido, pero ignorare si lo ha sido puramente, ó bajo de condicion, no podrá tampoco adir la herencia, *d. l.* 32. §. 1.

8. *Veteres hæredes pro dominis appellabant*). Asi tambien Festo dice: *Los antiguos decian heredero en vez de dueño,* lo que confirma tambien la autoridad de Plauto, quien en Menech. *act.* 5. *scen* 2. *v.* 11. dice:

Prandi, potavi, scortum accubui, abstuli.
Hanc, cujus hæres numquam erit post hunc diem.

Y de ahi es que las frases obrar como heredero y obrar como dueño, y las palabras herencia y dominio se emplean promiscuamente por nuestros autores, *l.* 22. *de acq. hær. l.* 2. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* Esto favorece á aquellos que creen que la palabra *hæres* proviene de *herus*; aunque lo contradice la primera sílaba que en *hæres* es larga y breve en *herus*; por cuya causa Viglio y Hotomano piensan que se deriva de *hæreo*, de modo que se diga *hæres* como *hæreus* por cuanto el próximo pariente está unido al difunto en el dominio de los bienes. Mas á esto obsta el que herus y hæreditas se escribe sin diptongo en M. Tulio segun notó P. Victor, y segun Cuyacio en las Pandectas Florentinas. Y por lo tanto pienso que Hotomano quiso derivar esta palabra de *hæra* que significa tierra, de donde vino *hæredium,* que segun Varron era un pequeño campo que se daba al heredero. Por lo demás, no es esto de grande momento, ni los derivados conservan siempre la misma cantidad en las sílabas, lo que saben hasta los niños de la escuela y nos enseña Gelio *lib.* 12. *c.* 3., aunque para demostrar esto se sirve de ejemplos poco á propósito.

9. *Contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur*). Se exige absolutamente lo mismo en el que repudia, que en el que admite la herencia, á saber, que declare su voluntad, ó de palabra, por ejemplo, diciendo que no quiere ser heredero, ó lo manifieste asi por escrito ó por señas, *l.* 95. *de acq. hær.*; ó por medio de algun hecho del que se deduzca dicha voluntad (b), tal como es si el heredero instituido, que es tambien á la vez legítimo sin decir abiertamente nada acerca de la herencia testamentaria, adiere la legítima; pues se presume que aquel, que hace esto, repudia con el mismo hecho la testamentaria, *l.* 17. §. 1. *l.* 77. *eod. tit* (c). Tambien sucede lo mismo si el preterido ó desheredado compró alguna cosa del heredero instituido, sabiendo que era tal, ó bien le tomó en arriendo algun prédio, ó le pagó lo que debia al testador, pues con estos hechos se considera que reconoce la voluntad del difunto y que renuncia su derecho, *l.* 23. §. 1. *de inoff. test.* Tambien debe saber aquel que repudia, si vive ó no aquel de cuya sucesion se trata; si ha muerto ó no intestado; si él es ó no su heredero, y si ha sido instituido puramente ó bajo de condicion. Finalmente, debe tambien estar cierto de su condicion, y de la del difunto; de otra suerte, nada hace repudiando, lo propio que adiendo, *l.* 15. *l.* 13. *y las cuatro sig. l.* 32. *l.* 94. *de acq. hær.*

10. *Qui surdus vel mutus natus vel postea factus*). Los mudos y los sordos, aun aquellos que lo son de nacimiento pueden obrar como herederos y obligarse á la herencia, *l.* 5. *l.* 93. *al fin. d. tit.* Dícese expresamente obrar como heredero porque estos no pueden declarar su voluntad de palabra, perteneciendo esto tambien á los sordos de nacimiento los cuales es sabido que no pueden hablar. Mas si uno se ha vuelto sordo por algun accidente, no hay duda ninguna que asi como puede hablar, podrá tambien declarar su voluntad de palabra, y hacerse heredero de este modo; y tambien aquel que no es mudo de nacimiento, sino que se ha vuelto tal por algun accidente, aunque no pueda declarar su voluntad de palabra, podrá verificarlo por escrito ó de otra suerte, *arg. l.* 93. *eod.*

11. Si, empero, la herencia hubiere sido deferida á uno que no tiene voluntad, como es un furioso, se entregará la herencia al curador para que la administre con la condicion, si el furioso recobrare despues el juicio, decidirá por sí mismo si quiere adirla ó repudiarla, y en este último caso volverá á aquellos que la habrian adquirido si hubiese sido removido el furioso, como tambien en el caso en que este muriere en el mismo estado, *l. ult.* §. 3. *y sig. C. de cur. fur.* Y que sucederá si fuere impúber aquel á quien ha sido deferida la herencia? Entónces, lo que falta al juicio de este, lo suplirá la autoridad del tutor, *l.* 49. *de acq. hær. l.* 9. §.

(a) D. l. 14.
(b) L. 18. tit. 6. P. 6.
(c) L. 19. tit. 6. P. 6.

§. de anct. tub. l. 5 C. de jur. del. (a). Respecto del infante, se ha establecido por Teodosio un derecho nuevo, de suerte que el mismo tutor pueda adir la herencia en nombre del infante, *l. 18. C. d. tit.* (b) Si el impúber estuviere en la patria potestad, en este caso podrá adirla con la autoridad de su padre, *l. 8. §. ult. de acq. hær.* (c) Ni obsta á esto que el impúber que está en la potestad patria, no puede obligarse con la autoridad de su padre, §. 9. *al fin. inf. de inut. stip.* porque en el caso propuesto no se obliga el mismo impúber, sino el padre para quien se adquiere la herencia. Por lo demás, respecto de la herencia adventicia, debe decirse que se ha derogado esta regla por las constituciones de los emperadores recientes, *d. l. 18. §. ult. C. de jur. del. l. ult. §. 6. de bon. quæ. lib.* Donelo en *d. l. ult.* §. 2. *n.* 7. *de verb. obl.*

« En España del mismo modo que el tutor « del infante puede adir la herencia que ha « sido deferida á este, asi tambien el curador « puede verificarlo con la que lo ha sido la furioso, *l. 15. tit. 6. P. 6. vers.* Mas. »

TITULO VIGÉSIMO.

De los legados.

CONC. CON EL LIB. 30, 31. Y 32 DEL DIG. Y CON EL LIB. 6, TIT. 37. COD. (d).

Razon del método con el resúmen de lo que aqui se explica.

Explicado el modo de deferirse la herencia por testamento, parecia deber pasarse desde luego á la otra parte, en la que se manifiesta el modo como se defiere ab intestato, continuando sin interrupcion la materia comenzada hasta haber tratado de todos los modos universales de adquirir; pues á esto parece llevarnos como de la mano el órden y disposicion de las partes que despues se han de tratar; órden y disposicion que se han manifestado en el §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* El emperador, empero, se aparta aqui del órden propuesto, á causa de los legados y de los fideicomisos; y no sin razon; pues dejándose estos en testamento, lo propio que la herencia, y no haciéndose apenas testamento ninguno en que no se deje á alguien algun legado ó fideicomiso; esta comunidad de causa, unida á que los legados son partes ó apéndices del testamento, exije que se trate principalmente de ellos en este lugar; habiéndose tambien por esta causa diferido en *d. § .ult.* el tratar de ellos hasta aqui, á pesar de que no son modos universales de adquirir, sino singulares. En este título se habla de los legados, manifestándose qué cosa sean, de cuantas maneras eran antiguamente, y cual sea hoy dia la naturaleza y efectos de todos ellos: en qué se diferenciaban antes de los fideicomisos, y la equiparacion que con estos se siguió despues, que cosas puedan ó no legarse y á quienes; y finalmente se mudan algunas cosas pertenecientes al antiguo modo de legar.

TEXTO.

TRADUCCION.

Continuacion.

Despues de esto hablemos de los legados, cuya parte del derecho parece ageno de la materia de que hablamos; pues que estamos tratando de los modos universales de adquirir. Habiendo, hempero, hablado ya enteramente de los testamentos y de los herederos que en ellos se instituyen, no sin causa puede en seguida tratarse de esta materia del derecho.

COMENTARIO.

De iis figuris quæ per universitatem.) *Figuras;* esto es, *causas, modos.* Hablamos de los modos como se adquieren las cosas universales; por los légados, empero, adquirimos las cosas singulares; por esta causa, pues, podria parecer ageno de este lugar este tratado. Debe recordarse lo que adver-

(a) L. 13. tit. 6. P. 6.
(b) D. l. 13. vers. *Mas.*
(c) D. l. 13. vers. *E. si el menor.*
(d) Tit. 9. P. 6.

timos en la explicacion del §. *ult. sup. per quas per. cuiq. acq.*; á saber, que en esta division de los modos de adquirir, no solo se tiene en consideracion el objeto, sino tambien los mismos modos y causas de adquirir; que el legado es un modo y título singular de adquirir, esto es, que tiene por objeto la adquisicion de cosas singulares y no universales; y por lo tanto, que aunque se haya legado á alguno una universalidad, como una parte de los bienes ó de la herencia, segun es sabido que puede hacerse, *l.* 25. *l.* 26. §. 2. *de leg.* 1. *l.* 59. *de vulg. et pup.* Ulp. *tit. de leg.* §. 25., sin embargo, semejante legatario no se hará sucesor del derecho, *d. l.* 26. §. 2., y por consiguiente, no pasarán á él acciones ningunas hereditarias, activas ni pasivas; por cuya causa se acostumbró antiguamente á interponer varias estipulaciones entre este legatario y el heredero, §. 5. *inf. de fid. hær.* El que, empero, cuando se ha legado una parte de la herencia, no se deduzcan las impensas, por ejemplo, los precios de los siervos manumitidos, ó los gastos del entierro, *l.* 8. §. *ult. de leg.* 2. no concede al legatario la sucesion en el derecho; sino que solo se dice esto á diferencia de lo que se observa cuando se lega una parte de los bienes que hubo al tiempo de la muerte, en cuyo caso se quiso que se dedujeran las impensas, *l.* 9. *d. tit.* Asi tambien, cuando en el caso de la *l.* 76. §. 1. *de leg.* 2. se propone la herencia de P. Mevio legada á L. Sempronio, no la adquiere este como á herencia, sino como unos bienes que el testador adquirió de Mevio.

TEXTO.

TRADUCCION.

Definicion.

El legado, pues, es una especie de donacion dejada por el difunto, y la que ha de prestar el heredero (a).

NOTAS.

Donatio quœdam). Esta partícula *quœdam* se ha añadido al género á causa de que el legado no es propiamente una donacion; pues que esta tiene siempre lugar entre dos, y no existe sin la aceptacion, *sup. de don.* Florentino dice que es una *porcion de la herencia*, *l.* 116. *de leg.* 1.

A defuncto relicta). Modest. *l.* 36. *de leg.* 2. dice, *dejada en testamento.* Pero Triboniano parece que empleó una palabra mas general, á fin de acomodarse á la constitucion de Justiniano, en la que se igualaron los legados y los fideicomisos, *l.* 2. *C. comm. de leg.*

Ab hœrede prœstanda). Faltan estas palabras en Modestino, ni tampoco las admiten Teófilo, Cuyacio ni Hotomano, no siendo necesarias para la definicion. Muchas veces nuestros autores añaden algo á las definiciones para mayor explanacion.

COMENTARIO.

1. *De donde se llamó* legado.
2. *Porqué se ha añadido á la definicion esta partícula* quœdam?
3. *Pónese aquí de propósito* dejada por el difunto *en vez de* dejada en el testamento, *segun se halla en la definicion de Modestino.*
4. *Las palabras* que ha de prestarse por el heredero *no son inútiles, como piensan algunos.*

COMENTARIO.

1. Legado es, dice Ulpiano *in fragm. h. t.*, lo que se deja en testamento *á modo de ley* ó sea imperativamente. Esta es una especie de etimologia, y razon del nombre, pero como parece tomada de muy lejos, de ahí es que algunos lo hacen derivar *á legendo*, tomando este verbo latino en la acepcion de separar, coger; en cuyo sentido es probable que lo tomaria tambien Florentino al definir el legado *delibatio hæreditatis*, ó sea una porcion de la herencia, *l.* 116. *in pr. de leg.* 1.; pues que *delibare* significa coger; aquello, empero, que se coge, se escoge, Virg. *Eclog.* 3. *vers.* 92. dice:

Qui legitis flores et humi nascentia fraga.

Por una razon semejante, dice Varron *lib.* 4. *de ling.* que los legados se llamaron asi *á legendo*, *á causa de que eran elegidos por el pueblo para ser enviados.* A pesar de esto, la etimologia de Ulpiano está mas conforme con la latitud de esta palabra *legare*, segun se toma en aquella ley de las doce tablas, *uti quisque legassit*, *etc.*, en donde con este verbo *legassit* se comprenden hasta las instituciones de heredero, confirmándose todo lo que con palabras directas é imperativas se deja en el testamento, *l.* 120. *de verb. sing.* VINN. Nada hay mas cierto que la etimologia de Ulpiano; pues legar en su primitivo orígen, no significó coger, separar, sino ordenar, mandar, dictar una ley. De ahí es que se dice legar el padre de

(a) L. 1 tit. 9. P. 6.

familias cuando instituye á uno heredero en el as. Los antiguos emplearon esta palabra á causa de que, segun mas arriba advertimos, los testamentos se hacian á la manera de las leyes en los comicios calados. Por esta razon los legados solo podian dejarse con palabras directas, ó por decirlo así, legislativas, tales como: *Toma*, *ten*, *da*, *permite que tome, etc.* Sobre lo que nos extendemos mas en nuestras *ant. rom. h. t.* Hein.

2. *Donatio quædam*). Modestino no añadió en su definicion esta partícula *quædam*. *l.* 36. *de leg.* 2. No es, empero, enteramente supérflua como piensan algunos; puesto que el legado propiamente no es una donacion, por cuanto en esta concurren siempre dos personas, sin que pueda tener lugar sin la aceptacion, ni aun cuando se hace por causa de muerte, segun demostramos en el §. 1. *y* 2. *sup. de don.* El legado, empero, subsiste por la sola voluntad del testador, y de modo que se suspende, y despues de la muerte de éste está aun pendiente de la adicion de la herencia; nada de lo cual sucede en las donaciones, ni aun en las hechas por causa de muerte, *l.* 5. §. 17. *de his. quæ. ut. ind.* Por esta causa, no se cuenta el legado entre las varias especies de donaciones, cuando se trata de ellas de propósito. Es, con todo, una especie peculiar de donacion, pues se deriva absolutamente de la liberalidad del testador, y es un título meramente lucrativo; por cuya razon se separa de la herencia que comprende tambien las cargas, y que algunas veces es perjudicial, *l.* 52. *mandat. l.* 119. *de verb. sign.* Hase, pues, añadido al género esta partícula *quædam* para darnos á entender que este género no conviene simplemente, sino solo en cierta manera y por una razon de analogía, á la especie definida.

3. *A defuncto relicta*). Esto es, directa é inmediatamente por el mismo difunto, no por medio de una interpuesta persona, y esto asi con el objeto de distinguirlo del fideicomiso, el que tambien se deja por el difunto, pero mediatamente y de suerte que primeramente lo adquiere otro en cuya persona subsiste. Parece que Triboniano empleó de propósito estas palabras mas generales *dejada por el difunto* en vez de las que se encuentran en la definicion de Modestino, *dejada en testamento*, con el fin de acomodarse á la constitucion en que Justiniano dispuso que se igualaran los legados y fideicomisos, *l.* 2. *C. comm. de leg, et fid.* pues despues de dicha equiparacion, empezaron tanto los legados como los fideicomisos á poderse dejar no solo en testamento sino tambien ab intestato, ó sea en codicilos no confirmados por testamento; lo que no podia hacerse por derecho antiguo, por el cual solo en testamento podian dejarse los legados, §. 10. *inf. de fid. hær.* Esto mismo quiere indicar Modestino, y da tambien á entender Florentino cuando dice que el legado es una porcion de la herencia (μοῖρα κληρονομίας, Basil. 44. *tit.* 1. *cap.* 1.) que el testador da á alguno, la cual seria en otro caso del heredero, *l.* 116. *in pr. de leg.* 1. Esta misma diferencia se indica tambien por Ulpiano *in fragm. tit. de fid.* §. 5. *y* 6.

4. *Ab hærede præstanda*). Estas palabras no se hallan en Teófilo, ni tampoco las admiten Cuyacio, Hotomano ni Wesembecio. Barron piensa que las añadió algun pedante y que por lo tanto deben borrarse. Y á la verdad debe confesarse que estas palabras no son necesarias en la definicion del legado en la que se trata de qué cosa sea este, y no por medio de quien se deja, ni por quien se ha de prestar, pues esto se refiere á la ejecucion. Sin embargo, no veo razon ninguna porque, hallándose como se hallan en las ediciones vulgares, deban borrarse de aqui; pues muchas veces nuestros autores para mayor explanacion añaden algo á las definiciones que no pertenece á la esencia de la cosa definida, como puede verse en la definicion de la tutela, *l.* 1. *de tut.* y tambien en la de hurto, *l.* 1. §. 3. *de furt.*; y asi parece haberse hecho en este lugar. Pero, se dirá, deben borrarse á causa de que despues de igualados los legados y fideicomisos, no solo puede legarse por medio del heredero, sino tambien por medio de otro legatario; mas yo niego que lo asi dejado sea propiamente un legado, aunque concederé que se rige por las mismas reglas que este; sobre lo que hablaré otra vez mas abajo *de fid. hær. in pr.* Fútiles por demás son las razones que algunos alegan para probar que ha de borrarse de la definicion dicha clausula; diciendo primero, que el legado se presta algunas veces por el mismo testador, *l.* 22. *de leg.* 2.; y además, que lo que se lega se dice que pasa directamente al legatario, *l.* 64. *de furt.* Pues por lo que hace á lo primero, es sabido que todos los legados se dejan de manera que se presten despues de la muerte del testador, y en consecuencia por el heredero. Si el testador, empero, se anticipa, y lo satisface mientras vive, muda su voluntad y convierte lo que era legado en donacion entre vivos, *l.* 84. §. 11. *de leg.* 1. Lo otro que se dice de que la cosa legada pasa directamente al legatario, solo pertenece al dominio de dicha cosa;

pues por lo que hace á su posesion, debe no obstante ser reclamada del heredero, y prestada por este; pues no puede el legatario ocupar la cosa por autoridad propia; teniendo el heredero, si lo hiciere, el derecho de recobrarla por el interdicto *quod legatorum*, sobre lo cual véase á Chris. *vol. 4. dec.* 36. Por otra parte, semejante traslacion del dominio es mas bien fingida que verdadera, habiendo sido introducida principalmente para el efecto de que, muerto el legatario despues de haber cedido el dia del legado, lo transfiera á sus herederos, *l.* 5. *l.* 5. *quand. dies leg. ced.* Finalmente, debemos de paso advertir que la palabra legado se toma en tres acepciones; pues ó significa el mismo acto de legar como aqui, en Modestino y en Florentino, ó la causa ó título como en el *tit. pr. leg.*, ó bien frecuentemente la misma cosa legada.

TEXTO.

De antiquis generibus legatorum sublatis.

2. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem, et certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus una sit natura: et quibuscumque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi, non solùm per actiones personales, sed etiam per in rem, et per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissimè accipere possibile est.

TRADUCCION.

De la derogacion de las antiguas especies de legados.

Antiguamente, empero, habia cuatro especies de legados, por vindicacion, por damnacion, por modo de permiso, y por mandato, estando establecidas para cada especie de legado ciertas palabras por las que la misma se significaba. Mas por las constituciones de los emperadores se quitó esta solemnidad de las palabras; pero nuestra constitucion, que hicimos con grande trabajo, deseando dar mayor fuerza á la voluntad de los difuntos y favoreciendo á la misma, y no á sus palabras, dispuso que fuese igual la naturaleza de todos los legados, y que cualesquiera que sean las palabras con que se deje alguna cosa, puedan los legatarios reclamarla, no solo por las acciones personales, sino tambien por la real y la hipotecaria. Lo prescrito en dicha constitucion puede muy bien por el tenor de la misma comprenderse.

NOTAS.

Certa quædam verba). Véase á Ulpiano *tit.* 24., y á Cayo, *lib.* 2. *tit.* 4. Estas abreviaturas D. D. E. quieren decir: *Dare damnas esto.* Por mandato solo se lega á uno de los herederos, Cayo, *d. lib. y tit.* §. *ult.* por medio de esta fórmula: *Lucio Ticio heredero mio en parte, toma para tí esta cosa.* Este modo de adquirir se llama precepcion, mandato y prelegado. Los griegos le llaman ἐξαιρέτου δόσις, es decir, *don especial.*

COMENTARIO.

1. *Antiguamente por la diversidad de las fórmulas habia cuatro especies de legados que no solo se diferenciaban en las palabras, sino tambien en su naturaleza y efectos.*
2. *Justiniano fué el primero que dispuso que fuese igual la fuerza de todos ellos, quedando, empero, siempre á salvo la voluntad del difunto.*
3. *Explícase la antigua diferencia que en las acciones habia entre el legado de vindicacion y el de damnacion, cuya diferencia fué derogada por Justiniano.*
4. *La accion hipotecaria se debe al beneficio de Justiniano; sobre qué versa, á quién compete, y algunas otras cosas pertenecientes á lo mismo.*

1. *Per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem*). Con estos nombres se distinguieron y llamaron las diversas especies de legados, por las fórmulas propias de cada especie ó por alguna de ellas. Por vindicacion se legaba con estas palabras: *Doy, lego, recibe, toma, ten para tí, vindica:* Por damnacion de este modo: *Mi heredero, te obligo á dar, da, haz, mando que des.* Por modo de permiso así: *Mi heredero permite que L. Ticio tome tal cosa y la tenga para sí.* Por mandato se legaba á uno de los herederos con esta fórmula: *L. Ticio heredero mio en parte, toma tal cosa y tenla en especial para tí.* En la fórmula de legar por vindicacion y por mandato las palabras se dirijen al legatario, en la del legado por damnacion al heredero, y en la del que se deja por modo de permiso, parece que se hace uso de una fórmula mixta. No solo, empero, se diferenciaron estas especies en las fórmulas, sino tambien en su naturaleza y efectos del derecho. Por vindicacion y mandato solo podian dejarse las cosas propias del testador; por modo de permiso tambien las del heredero, y por damnacion hasta las agenas. En las dos primeras especies cuando se habia legado un género ó dos cosas disyuntivamente, la eleccion correspondia al legatario; lo que tambien soy de opinion que se observó

en el legado dejado por modo de permiso, porque tambien en esta especie las palabras que llaman ejecutivas se dirijen al legatario; en el legado de damnacion, empero, era en este caso del heredero la eleccion. Lo que se habia dejado por vindicacion se reclamaba por la accion real, aunque tambien podia para este objeto entablarse la accion personal del testamento; mas lo que se habia dejado por damnación sólo podia ser reclamado por dicha accion personal. Bacovio, insiguiendo á Teófilo, dice que para la reclamacion de lo que se habia dejado por modo de permiso, solo competia la misma accion personal del testamento; Cayo, empero, dice que tambien podia entablarse en este caso la vindicacion; lo que segun mi parecer tendria lugar cuando se habia legado de este modo una cosa propia del testador. Lo que se habia dejado por mandato á uno de los herederos lo reclamaba este de sus coherederos, entablando contra ellos el juicio de dividir la herencia. Esto y otras cosas semejantes se hallan en Cayo *lib.* 2. *tit.* 5., en Ulpiano *tit.* 24., en Paulo 3. *sent.* 5. y en Teófilo aqui. Vinn. Muy bien interpreta á Cayo nuestro Vinnio. Efectivamente, si por modo de permiso se habia dejado á alguno una cosa propia del heredero ó del testador, y el legatario la vindicaba, el heredero no podia reivindicarla ni replicar: *Yo digo tambien que esta cosa es mia*, porque se le habia mandado que permitiese que el legatario tomase para sí dicha cosa. Ya observó muy bien esto el ilustre varon Sculting. *ad Cajum. lib.* 11. *tit.* 6. §. 6. *p.* 120. Por lo demás, Merilio, *obs. lib.* 6. *cap.* 32. *p.* 175. pone diez y siete diferencias entre estos legados, los cuales dedujo eruditamente del derecho antiguo. Hein.

Constitutionibus D. D. Principum verborum solemnitas sublata) (a). Habla de la *l.* 21. *C. h. t.*; la que aunque está formada de una sola constitucion; pero esta es de tres emperadores, á saber, Constantino, Constancio y Constante, á los que, si se atiende por separado, puede decirse que son otras tantas las constituciones. Los mismos emperadores derogaron tambien dicha solemnidad de palabras respecto de la institucion de heredero, y de la posesion de bienes, *l.* 15. *C. de test. l. ult. C. qui adm. ad. bon poss.*

2. *Nostra autem constitutio*). Esta constitucion es la *l.* 1. *C. comm. de leg.* Despues de quitada la antigua diferencia entre los legados, aunque era lícito valerse en cada una de las especies de otras palabras que significasen lo mismo que las de las fórmulas, y aunque podian dejarse no solo en latin, sino tambien en griego ó en cualquier otra lengua, lo que antes no era lícito segun lo prueban las palabras de las fórmulas, y lo atestigua el mismo Ulpiano *tit.* 25. §. 7., subsistia, con todo, la antigua diferencia en la naturaleza y efectos en cada una de las especies. Asi por ejemplo, á pesar de todo no podia dejarse mas, de lo que antes podia hacerse, una cosa agena por vindicacion; ni reclamarse por una accion real lo que se habia dejado por damnacion. Justiniano fué el primero que quitó esta diferencia, disponiendo que fuese igual la naturaleza de todos los legados, esto es, igual la fuerza y efecto de todos ellos, *d. l.* 1. *C. comm. de leg.* Y si aun se encuentran en nuestros libros algunos leves vestigios de las antiguas diferencias, debe saberse que esto es por un efecto de la negligencia de Triboniano, quien al tratar de acomodar las respuestas de los Jurisconsultos á la constitucion de Justiniano borró de todas partes estas palabras *por damnacion* ó *por vindicacion*, dejando, empero, la esencia de la cosa y sus efectos. Vinn. Apenas puede esto negarse. Asi por ejemplo, en la *l.* 16. §. *ult. y en la l.* 34. *ff. de leg.* 1, *l.* 31. §. 1. *de statu lib.* se dice que en el legado por vindicacion la porcion del que falta acrece al unido; y por el contrario en *d. l.* 16. *in pr.* y en la *l.* 16. *de leg.* 2. que en el legado por damnacion dicha porcion no acrece al unido. No debe, pues, decirse con Cujacio *in Parat. C. ad. leg. un. de cad. toll.* que no se ha derogado esta diferencia, sino que los compositores de las Pandectas en su precipitacion no borraron todos los vestigios del derecho antiguo que habia sido mudado por Justiniano. Véase á Merill. *Variant. Cujac. lib.* 11. *cap:* 10. *p.* 241. Hein.

Non verbis sed voluntatibus). Esta es la causa de semejante equiparacion; la que es tal, que cualquiera puede facilmente conocer que el emperador no quiso establecer nada contra la manifiesta voluntad del testador, ni que contra la misma valiese dicha equiparacion. Por lo que, si el testador hubiere legado un género, ó dos cosas disyuntivamente, dirigiendo las palabras ejecutivas al heredero, no vacilaria en responder que en semejante legado debe concederse al mismo heredero la eleccion, segun piensan comunmente los Doctores y Zas. en la *l.* 37. *n.* 22. *de leg.* 1.

Non solum per actiones personales). En *d. l.* 1. *C. comm. de leg.* emplea el número singular. Entiende la accion que los antiguos llamaban del testamento, *l.* 69. §. *ult.*, *l.* 82.

(a) L. 22. tit. 9. P. 6.

in pr., *l.* 91. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 29. §. 5. *de leg.* 3., *l.* 6. *de in lit. jur.* §. 6. *inf. eod.* Esta accion es personal á causa de la obligacion; pues aquel á quien se ha dejado un legado tiene obligado á su favor al heredero, á quien se ha impuesto la obligacion de satisfacerlo. La obligacion nace de un cuasi contrato, pues que, cuando el heredero ade ó acepta la herencia, se entiende que la acepta con todas sus condiciones y gravámenes; y por este hecho se considera en cierto modo que contrae con los legatarios, §. 5. *inf. de obl. quæ quas. ex cont.* De esto se deduce que un tercer poseedor no puede ser reconvenido por esta accion, y que puede serlo el heredero, aun cuando no posea, *l.* 25. *de obl. et act.*

3. *Sed etiam per in rem*). Ya antiguamente se daba tambien una accion real para conseguir la cosa legada; pero no en todas las especies de legados. Asi por ejemplo, en el legado por vindicacion además de la accion personal competia la real; mas en el hecho por damnacion solo se daba aquella y no esta; cuya diferencia nacia de otra que segun el derecho habia entre estos legados; á saber, de que el dominio de la cosa legada por vindicacion pasaba directamente del testador al legatario, *l.* 80. *de leg.* 2. *l.* 64. *de furt.*; mas el dominio de lo que se dejaba por damnacion pasaba al heredero, en lo que se asemejaba este legado al fideicomiso, segun lo manifiesta la misma fórmula y la circunstancia de que de este modo podia legarse una cosa agena. Es, empero, sabido que la accion real compete al dueño y solo á él, *l.* 23. *in pr. de rei vind.*; deduciéndose de aqui que en aquellos casos en que pasa al legatario el dominio de la cosa, no solo le compete la accion personal, sino tambien la real; y que cuando el origen de la accion es la obligacion del heredero, solo puede competer la accion personal. Mas por la constitucion de Justiniano se da tambien la accion real para conseguir la cosa legada por damnacion; puesto que, igualados todos los legados, pasa lo mismo al legatario el dominio de la cosa legada de este modo, que si fuere legada por vindicacion. Quizás alguno considere extraño que se concedan á una misma persona dos acciones contrarias para conseguir una misma cosa, alegando por la una que es dueño de esta, y reclamando por la otra que debe dársele, contra lo que se dice en el §. 14. *inf. de act.* A esto responden algunos, que esto sucede asi especialmente en el legatario á causa de que solo es dueño por el derecho civil y no por derecho de gentes, mas esta razon no me parece satisfactoria; pues no hay diferencia ninguna por razon del derecho en virtud del cual haya adquirido el dominio el demandante, *d. l.* 23. *de rei vind.* y hay además otra respuesta obvia; á saber, que estas acciones provienen de diferentes causas; la personal de la obligacion del heredero, y la real del derecho de dominio que luego despues de la muerte del dueño pasa directamente al legatario; por lo que, cuando este entabla la accion personal del testamento y pide que se le dé la cosa, no es considerado como dueño, sino solo como un acreedor que tiene obligado al heredero en virtud de un cuasi contrato. Por el contrario, cuando obra por la accion real no es considerado como acreedor, sino como dueño que vindica su cosa del heredero en su calidad de poseedor y no de acreedor; pues que tambien contra cualquier otro poseedor obraria del mismo modo con la accion real. Por otra parte, el concurso de estas do eacciones no es cumulativo sino electivo; esto es, no competen á la vez de suerte que sea lícito al legatario entablarlas las dos, sino tan solo una de ellas, la que quisiere; pues que elegida la una, se extingue la otra, *l.* 76. §. 8. *de leg.* 2. *l.* 84. §. *ult. l.* 108. §. 2. *de leg.* 1. Finalmente, para que por causa del legado tenga lugar la accion real, deben ponerse términos hábiles; primero, que se haya legado cierta especie ó cuerpo; pues que cuando se ha legado una cantidad ó un crédito, no puede tener lugar la vindicacion; y segundo, que la cosa legada fuese propia del testador; pues lo que no es de este no puede directamente pasar al legatario, *l.* 54. *de reg. jur.*

4. *Et per hypothecariam*). Las dos primeras acciones, de que hemos hablado, estuvieron tambien en uso entre los antiguos segun vimos. La hipotecaria, empero, de la que se trata aqui, se debe por entero al beneficio de Justiniano; pues lo que en Papiniano leemos de que los legatarios tienen tambien el derecho de prenda, *l.* 4. §. 1. *de separ.* debe entenderse, segun lo indica el mismo lugar, *l.* 1. §. 3. *eod. tit.* del derecho de prenda pretoria que los acreedores hereditarios tienen por el derecho de separacion en los bienes del difunto, y despues de aquellos, en lo que resta los legatarios que obtuvieron la separacion. Puede obrarse por la accion hipotecaria contra cualesquiera cosas dejadas por el difunto, sean cuales fueren sus poseedores. Digo dejadas por el difunto, puesto que por dicha constitucion de Justiniano no están hipotecadas á los legatarios las cosas propias del heredero, sino las hereditarias; ni entre estas debe contarse la cosa propia

del testador que ha sido legada, pues que desde luego se hace propia del legatario; y es sabido que en una cosa nuestra no podemos tener el derecho de prenda, *l.* 45. *de reg. jur.* Está recibido que la accion hipotecaria pueda acumularse con la personal, Myns. 4. *obs.* 58.; mas no segun Baldo en la *auth. contra n.* 41. *C. ad sen. Treb.* aunque Syn en *d. l.* 4. *n.* 40. *C. comm. de leg.* admite tambien su acumulacion. Sea de ello lo que fuere, es cierto, que las acciones que no se destruyen mútuamente, pueden intentarse la una despues de la otra, de suerte que hasta despues de haberse pronunciado sentencia sobre la una, puede ser la otra deducida en juicio. La razon, empero, no permite que por la accion hipotecaria se destruya la personal ni la reivindicatoria, y por lo tanto no es *simpliciter* verdadero lo que algunos dicen que estas acciones concurren, no electiva sino cumulativamente; pues en la *l.* 8. *C. de ping.* se responde que el derecho de prenda no se extingue despues de condenado el deudor á pagar. Inútil es advertir que estas acciones no tienen lugar hasta despues de haber sido adida la herencia: pues que si esto no se verificare, nada de lo que hay en el testamento vale, *l.* 9. *de test. tut, l.* 14. *C. de fid.* á no ser que el testador hubiese querido que el testamento valga tambien como codicilo, ó sea que lo dejado en aquel sea prestado tambien por los herederos legítimos, *l.* 29 §. 1. *qui test. fac. l.* 29. *de fidei. l. ult. C. de cod.*, sobre lo que se extiende mas Jas. *d. l.* 14. De paso será bueno advertir que la accion hipotecaria que Justiniano concedió por causa de los legados y fideicomisos, se divide *ipso jure* entre los herederos cuando hay muchos, *l.* 2. *C. comm. de leg.*, lo que es especial y contra la naturaleza ordinaria de la accion hipotecaria, la que en otros casos siempre es indivisible, *l.* 65. *de evict.* Por esta causa no tendrá lugar dicha division en la hipoteca ó prenda expresa que el testador constituyó por causa de un legado ó fideicomiso, *l.* 26. *de ping. act.* pues en caso de duda ha de presumirse que el testador ha querido conformarse con el derecho comun, *l. ult. C. de verb sinng.* De aqui deducimos que, aun despues de la constitucion de Justiniano, puede constituirse últimamente en testamento el derecho de prenda ó hipoteca. Véase á Crist. *vol.* 4. *dec.* 47. *n.* 3. *y* 4., aunque Donelo no piensa que haya en esto nada de singular, *d. l.* 4. *n.* 12. VINN. Malamente se trata de la acumulacion de las acciones, si se ha de decidir esta cuestion por los principios de derecho romano, pues que por él es enteramente desconocida y rechazada semejante acumulacion, *l.* 6. *de exc. rer. jud.* Ni se deduce lo contrario de la *l.* 1. §. 4. *de edendo*, ni de la *l.* 12. §. 1. *de acq. vel. omit poss.*, pues la una de ellas se refiere al entablamiento de la primera demanda, y la otra á la mutacion de la accion. Asi pues, podia el actor entablar dos acciones protestando que en virtud de una de ellas queria conseguir lo que le pertenecia; y podia tambien, prescindiendo de la acción petitoria, entablar la posesoria; pero nunca acumular dos acciones. Todo el derecho vigente sobre esto proviene del canónico, el que se sigue en la práctica, que nos enseña que se acumula con frecuencia la accion personal del testamento con la hipotecaria (con tal que no se obre contra un tercer poseedor, contra quien no se da la accion personal del testamento) pero no la reivindicatoria y la hipotecaria, pues basta una sola de ellas. HEIN.

TEXTO.

Collatio legatorum et fideicommissorum.

3. Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cùm enim antiquitatem invenimus legata quidem strictè concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis hoc repleatur ex natura fideicommissorum: et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixtim de his exponendo studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis, et postea de fideicommissis tractare ut natura utriusque juris cognita facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

TRADUCCION.

Equiparacion de los legados y fideicomisos.

No creimos, empero, que bastaba con aquella constitucion; pues viendo que la antigüedad encerraba los legados dentro unos límites mas estrechos; y que á los fideicomisos como que provenian mas de la voluntad del difunto les concedia una naturaleza mas pingüe, creimos necesario deber igualar todos los legados á los fideicomisos, de modo que no haya ninguna diferencia entre los mismos; y si falta algo á los legados, se supla esto por la naturaleza de los fideicomisos; y si hay algo mas en aquellos, se aumenten estos. Mas para que, explicando promiscuamente esto en los primeros elementos de las leyes á los jóvenes estudiosos no les hagamos tropezar con dificultades, creimos deber interinamente tratar por separado, en primer lugar de los legados y despues de los fideicomisos; á fin de que

conocida la naturaleza de entrambos, puedan los eruditos comprender con mayor facilidad su confusion.

NOTAS.

5. *Pinguiorem naturam indulgentem*). Véase á Ulpiano *d. tit.* 25. Cayo *lib.* 2. *tit.* 7. Teofilo *hic.*

Necessarium esse duximus). *L.* 2. *comm de leg.*

Nulla sit inter ea differentia). A saber, en su esencia; pues en *d. l.* 2. dice que dicta las leyes para las cosas y no para las palabras. Asi que, la principal diferencia entre los legados y fideicomisos no se ha quitado aun, sino que lo que se deja con palabras directas é imperativas á modo de ley, es aun legado; y lo que con palabras oblicuas, fideicomiso. Ni tampoco se ha quitado la diferencia que proviene de la voluntad del testador, de lo que tenemos un ejemplo en el §. *pen. inf. de sing. reb. per fid.*

COMENTARIO.

1. *Justiniano fué tambien el autor de la equiparacion de los legados y fideicomisos.*
2. *Porqué fué mas estricta la naturaleza de los legados y dentro de qué límites estuvo circunscrita?*
3. *Porqué fué mas lata y pingüe la de los fideicomisos y en qué cosas?*
4. *Por esta equiparacion no se quitó la principal diferencia que habia entre los legados y fideicomisos.*
5. *En qué casos eran mas pingües los legados que los fideicomisos?*

1 En el §. anterior vimos que todos los legados se igualaron entre sí; en este se manifiesta que todos ellos han sido enteramente igualados á los fideicomisos; esto es, que ha sido confundida recíprocamente la naturaleza de todos los legados y fideicomisos. El autor de esta equiparacion fué tambien Justiniano, *l.* 2. *C. comm. de leg.* segun expresamente se dice en este lugar; se deduce ser verdad de que la mayor parte de las antiguas diferencias entre los legados y fideicomisos de que hacen mencion Ulp. *in fragm.* y Cayo *lib.* 2. subsistió hasta el tiempo de Justiniano. Por lo que, no debe dudarse que lo que leemos en Ulpiano, *l.* 1. *de leg.* 1. de que *los legados se igualaron en un todo á los fideicomisos*, se ha de atribuir á Triboniano, quien, corrigiendo las palabras de Ulpiano, las acomodó á la constitucion de Justiniano, promulgada casi tres años antes de la edicion de las Pandectas; pues por concesion del príncipe los compiladores de estas tuvieron facultad para añadir y quitar á su arbitrio algunas cosas de los escritos de los antiguos, *l.* 1. *C. de vet. jur. enuc.*, segun puede advertirse que lo hicieron en muchos lugares. Otros explican este lugar de diferente manera como son Cuyacio, 8. *obs.* 4. Revard. 3. *var.* 4., cuyas explicaciones aunque no las admito, no quiero con todo refutarlas, pues la cosa no lo merece. Debemos, no obstante, advertir que esta equiparacion de los legados y fideicomisos solo pertenece á los fideicomisos singulares, á saber, á aquellos por los que se dejan cosas singulares, mas no á los universales ó sea á las herencias fideicomisarias; pues aquel á quien se restituye la herencia por causa de fideicomiso se considera como heredero, sobre lo que hablarémos con mas extension *inf. de fidei. hær.*

2. *Strictè concludentem*). Esto es, dando á los legados una naturaleza mas estricta, encerrándolos en la estrechez de ciertas palabras y fórmulas, y sujetando la voluntad de los testadores á las sutilezas del derecho. Efectivamente, en los legados, como que se derivaban de las leyes y del derecho civil, debia hacerse uso de ciertas palabras solemnes como en la institucion de heredero, sin que valiesen si se dejaban con otras; cuyas palabras por dicha causa se llamaban legítimas y civiles, *l.* 7. *de vulg. et pup. l. ult. C. de testam.* tales eran: *do, lego, capito, sumito, habeto, hæres meus damnas esto dare, hæredem meum dare jubeo.* Y á estas palabras atendió Ulpiano *in fragm. h. t.* cuando definió el legado aquello que se deja á modo de ley, á causa de que ordinariamente son imperativas y propias para legislar. Sin embargo, ya antes de Justiniano segun vimos en el §. *prec.* se derogó aquella antigua y precisa observancia de las palabras. Tambien la voluntad del testador estaba contenida dentro de ciertos límites, puesto que los legados solo podian dejarse en testamento ó en codicilos confirmados, §. 10. *inf. de fid. hær.* Cajo, *lib.* 2. *tit.* 7.; y además no podia dejarse antes de la institucion de heredero, ni para despues de la muerte de este, ni por medio del legatario ó fideicomisario, sino tan solo por medio del heredero, §. 34. *y sig. inf. eod. tit. de sing. reb. per fid. rel. in pr.* Ulp. *h. t.* §. 16. *y* 20., Cayo *d. t.* 7. Finalmente, los legados se interpretaban estrictamente, y si las palabras eran claras y nada ambiguas, dificilmente se admitian conjeturas ni cuestion de voluntad, *l.* 25. §. 1. *de leg.* 3.

Ex voluntate magis descendunt). Es decir, provienen mas de la voluntad que de una ley ó derecho cierto. Esto da tambien

a entender Ulpiano *in fragm. tit. de fideic.*, cuando dice que *el fideicomiso no proviene del rigor del derecho civil, sino que se da por la voluntad del que lo deja*. Por lo tanto, en los fideicomisos importaba muy poco con que palabras se dejaban con tal que constase la voluntad del testador, *l. 16. C. de fideic.* en tanto que podian dejarse lo mismo en griego, que en latin, *l. 11. in prin. de leg. 3.* Ulp. *d. tit.* §. 9., y hasta podian dejarse por señas, *l. 21. de tit.* Finalmente, en la interpretacion de las palabras de los fideicomisos, aun cuando no fuesen en nada obscuras, se atendia menos á ellas que á la voluntad, admitiéndose las conjeturas, *d. l. 16. C. de fideic. l. 95, de leg. 3.*

3. *Pinguiorem naturam indulgentem*). Esto es, no coartándola con las fórmulas de las palabras, ni limitando la voluntad del testador con el rigor del derecho civil, sino por el contrario, admitiendo una interpretacion mas lata y mas benigna en los fideicomisos que en los legados; por lo que, nada de lo que dijimos que viciaba los legados, invalidaba los fideicomisos. Podian, pues, dejarse ab intestato y en codicilos no confirmados, antes de la institucion de heredero y para despues de la muerte de este, por medio de otro legatario ó fideicomisario, segun prueban las leyes arriba citadas. Habia tambien otras diferencias entre los legados y fideicomisos, de las que hicieron mencion Ulpiano *tit.* 25. y Cayo *lib.* 2. *tit.* 7. Nosotros, empero, no tratamos aqui de referirlas todas. Vinn. Entre dichas diferencias una de las principales es que á aquellos, á quienes no podia legarse, podia dejarse un fideicomiso, §. 4. *inf. de fid. hær.* De ahí es que aunque á los deportados, á los que no tenian hijos y á los solteros, no podia legárseles, podia con todo dejárseles un fideicomiso, y tambien á los latinos á pesar de que no podian adquirir el legado á no ser que dentro el término de cien dias consiguiesen el derecho de ciudadanos, Ulp. *tit.* 17. §. 1. *y tit.* 25. §. 7. De aqui parece que en Ulpiano parece que debe leerse *tit.* 25. §. 6. *Fideicommissa dari possunt his, quibus legari non potest*; pues no consta que antes de Ulpiano se hubiese aun mudado este derecho. Hein.

4. *Ut nulla sit inter ea differentia*). Es decir, que sea igual su naturaleza, y que no sean como antiguamente diversos su fuerza y efectos. Pues toda equiparacion consiste en comunicarse recíprocamente sus efectos y naturaleza las cosas que se igualan; de cuyo modo explica esto tambien el emperador en seguida y en *d. l.* 2. *C. com. de leg.* Asi pues, actualmente podrán los legados á la par que los fideicomisos, dejarse ab intestato, por señas y por medio de un legatario, etc., guardándose la voluntad del legante. Creí deber advertir esto para que alguno no pensase que se ha quitado tambien la diferencia esencial que entre estas cosas habia, y que lo que se ha dejado con palabras directas é imperativas se ha convertido tambien en fideicomiso; y por el contrario en legado lo que se ha dejado con palabras suplicativas, lo que seria un absurdo; pues la voluntad del testador es la que distingue el legado del fideicomiso. Por consiguiente, aun hoy dia puede suceder que algunas veces produzcan estas dos cosas efectos diferentes para no ir contra la voluntad del testador; la completa observancia de la cual, y no su destruccion se propuso Justiniano. De esto tenemos un ejemplo en el legado y fideicomiso de la libertad, § *pen. de sing. reb. per fid. rel.* Gifanio refiere otras cinco diferencias, las que segun él subsisten aun depues de esta equiparacion: pero esto es un error manifiesto indigno de ser refutado.

5. *Si quid amplius est in legatis*). Es, pues, mútua esta equiparacion. Los legados tenian de mas que los fideicomisos, que algunas veces, esto es, cuando se habia legado una cosa propia del testador, el dominio pasaba inmediatamente al legatario, mas en virtud del fideicomiso esto no sucedia nunca. Además, para conseguir la cosa legada habia la accion ordinaria del testamento, y cuando se transferia el dominio tambien la vindicacion de la cosa; mas para conseguir el fideicomiso solo habia una accion extraordinaria; sobre lo que hablaremos con mayor extension §. 1. *inf. de fideic. hær.* Con todo, tambien respecto de esto igualó Justiniano los fideicomisos á los legados, de suerte que pueden ya pedirse por las mismas acciones que estos, *l. 1. y 2. C. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis et postea de fideic). De ahi es que Justiniano en lo sucesivo habla algunas veces como si aun hubiese algunas diferencias entre los legados y los fideicomisos; las cuales sin embargo es cierto que fueron quitadas á una con las otras; asi por ejemplo es el §. 10. *inf. de fideic. hær.* en donde dice que los legados solo valen si se han dejado en testamento; y en el *pr. del tit. de sing. reb. per. fid. rel.* en donde se expresa como si actualmente no fuera licito legar por medio de un legatario.

« En España tambien se igualaron los le-
« gados y fideicomisos, dándose á todos ellos
« el nombre general de mandas. »

TEXTO

De re legata. Et primum de re Testatoris, hæredis, aliena, cujus non est commercium.

1. Non solùm autem testatoris vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ita, ut hæres cogatur, redimere eam, et præstare; vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur; veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem possem legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitam enim si scivisset, alienam rem esse, non legasset, et ita divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defuntum; non hæredem probare oportere ignorasse alienam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

TRADUCCION.

De la cosa legada; y en primer lugar de la cosa propia del testador, de la del heredero, de la agena, y de la que no está en el comercio

No solo puede legarse una cosa propia del testador ó del heredero, sino tambien una de agena, de suerte que el heredero esté obligado á comprarla y á prestarla, ó si no pudiere comprarla, á dar su estimacion. Pero si la cosa fuere tal que no estuviere en el comercio ó no pudiere conseguirse, no se deberá ni su estimacion, por ejemplo, si uno hubiere legado el campo Marcio, una basilica, un templo ó una cosa destinada al uso público; pues semejante legado no es de ningun momento Lo que, empero, dijimos de que podia legarse una cosa agena, debe entenderse con tal que el testador supiere que era agena, mas no así si lo ignoraba; pues tal vez si hubiese sabido que era agena la cosa no la hubiera legado, y así lo dispuso el emperador Pio. Y es mas cierto que aquel que acciona, es decir, el legatario debe probar que el testador supo que la cosa era agena, y no el heredero que lo ignoraba, por la razon de que siempre la obligacion de probar corresponde al actor (a).

1. *Cujus comercium non est*). El legado de aquella cosa que está del todo fuera del comercio es enteramente inútil: tales son los de que aqui y en la *l.* 39. §. 8. *y sig de leg.* 1. se hace mencion. Tampoco es válido, regularmente hablando, el legado de aquellas cosas que están unidas á los edificios, *l.* 41. *y* 2. *sig. eod.* Pero qué sucederá si la cosa legada no estuviere en el comercio, ó del testador, ó del heredero? En este caso si estuviere en el comercio del legatario, valdrá el legado, *l.* 49. §. 5. *eod.* 2. mas no en caso contrario, *d. l.* 49. §. 2. No obsta la *l.* 114. §. 5. *eod.* 1., ni la *l.* 11. §. 16. *eod.* 3. A la primera puede responderse por lo que en la misma se dice, y en la segunda se trata del legado de milicia que es estimable por naturaleza, *d. l.* 49. §. 1. En la *l.* 40. *eod.* parece que debe borrarse la segunda negacion: de otra suerte sobran aquellas palabras: *cujus commercium legatarius non habeat.* Cujacio.

Legatarium probare). Lo mismo dice con iguales palabras Marciano en la *l.* 21. *de prob.* Véase la *l.* 23. *C. eod.*

(a) L. 40. tit. 9. P. 6.

COMENTARIO.

1. *Qué cosas pueden legarse, y cuales no?*
2. *La ley de las doce Tablas no prohibe que puedan legarse las cosas agenas, y si sucede lo mismo por derecho canónico?*
3. *Qué sucede cuando se ha legado una cosa comun?*
4. *Efectos del legado de cosa agena.*
5. *El legado de una cosa que está absolutamente fuera del comercio, ó bien que está destinada á los usos del príncipe es enteramente inútil, como tambien por lo regular el de aquellas cosas que están unidas á los edificios.*
6. *El legado de una cosa, que está fuera del comercio de ciertas personas, vale si está en el del legatario; pero no en caso contrario; refutándose plenamente todas las objeciones.*
7. *Por qué el legado de una cosa agena, á no ser que hubiere en su favor alguna conjetura, solo vale cuando el testador supo que era tal; y por qué compete al legatario la prueba en este caso?*

1. Empiézase aqui el tratado de las cosas que pueden ó no legarse, el que ocupa la mayor parte de este título, y que no es muy inteligible sin muchas distinciones. En primer lugar, debe saberse en general que no solo pueden legarse las cosas asi propiamente llamadas, sino tambien los hechos, de suerte que aquel, á quien se ha mandado hacer alguna cosa, debe obedecer; y no solo las cosas corporales sino tambien las incorporales, por ejemplo, el usufructo, una servidumbre, un crédito. Además, no solo pueden legarse las cosas que actualmente existen, sino tambien las que se espera que existirán; mas no aquellas, que ni existen ni pueden existir. De todo esto trataremos detenidamente en sus respectivos lugares. Finalmente, debe distinguirse entre si la cosa legada está ó no fuera del comercio, y en el primer caso, entre si lo está *simpliciter* y del todo, como son las cosas públicas, sagradas, religiosas, un hombre libre, cuyo legado es inú-

til; ó tan solo bajo cierto respecto, ya por una especial circunstancia, siendo asi que por sí misma y por su naturaleza está en el comercio, como son los mármoles, las columnas y las vigas unidas á los edificios, cuyas cosas con muy cortas excepciones nunca pueden legarse; ya que únicamente está exenta del comercio de algunos, no de todos; como es el esclavo cristiano, cuyo comercio no tienen los hereges, judíos ni paganos, *tit. C. ne man. Chrit.* (a); y tambien la milicia, es decir, el oficio de alguno de aquellos que están comprendidos en alguna escuela ú órden, percibiendo salario del príncipe; de cuyos oficios es sabido que no todos son capaces segun el derecho. Véase á Cuyacio en la *l.* 3. §. 7. *de minor.* Asi tambien los predios provinciales no están en el comercio del presidente, aunque lo están en el de los otros. El legado de estas cosas unas veces es útil, otras no; sobre lo que hablarémos mas adelante. Las cosas legadas ó son propias del testador, ó no, y en este caso ó son propias del heredero, ó del legatario, ó de algun tercero; las que en este tratado se llaman especialmente agenas. Acerca de las cosas propias del heredero se dice aqui que pueden legarse no menos que las del testador (b); ni cabe en esto ninguna duda, en tanto que semejante legado vale aun cuando el testador hubiere creido que legaba una cosa suya, *l.* 67. §. 8. *de leg.* 2. De la cosa propia del legatario se hablará mas abajo en el §. 10. Respecto de la cosa agena se dice aqui que tambien puede legarse, aunque con una distincion que no se hace en una cosa propia del testador ó del heredero. Finalmente, debe tambien saberse en general que no es de ningun momento el legado de aquellas cosas que no pueden prestar al legatario utilidad ninguna por mas que estén en el comercio; de lo que se tratará tambien con mayor detencion mas abajo en el §. 14.

Sed etiam aliena). Nunca se dudó de que pueden legarse las cosas agenas (c), y esto aun cuando sea difícil la consecucion de las mismas segun dice el jurisconsulto en la *l.* 39. §. 7. *de leg.* 1. Ni obsta la ley de las doce tablas que solo permite legar una cosa propia, *l.* 120. *de verb. sing.*, pues aquel que lega una cosa agena, se entiende que lega de lo suyo por cuanto obliga al heredero á comprarla y á entregarla despues de comprada. Antiguamente se acostumbraban á dejar por medio de la fórmula de damnacion esta clase de legados segun prueba la *l.* 30. §. *ult. de leg.* 3. y atestigua expresamente Ulpiano *tit de leg.* Actualmente, empero, podrán dejarse tambien por medio de la fórmula de vindicacion; como por ejemplo con estas palabras, *doy*, *lego*, ú otras semejantes. Tambien puede legarse una cosa propia de los enemigos si fuere tal que en algun caso pueda comprarse y conseguirse por derecho de comercio, *l.* 104. §. 2. *de leg.* 1. El legado de aquellas cosas que están en poder del enemigo á causa de haber sido ocupadas durante la guerra es tambien válido por derecho de postliminio, *l.* 9. *l.* 98. *eod.* Si, empero, por derecho canónico vale tambien el legado de cosa agena, es dudoso á causa del *cap. filius. X de testamentis*, en donde parece reprobarse semejante disposicion. Covarruvias piensa que el caso de *d. cap.* es singular, pues en él se propone una cosa agena legada á una iglesia por causa de sepultura; y que por lo tanto á excepcion de este caso tambien por derecho pontificio subsiste el legado de cosa agena; y asi piensa tambien Mantic. 9. *de conj. ult. vol.* 10. Empero, no puede negarse que el pontífice manifiesta en *d. cap.* que desaprueba el legado de cosa agena al decir que conviene mas *con las leyes de este siglo* que con la *ley de Dios*. Por lo que, Tuldeno *hic. cap.* 5. confiesa que el pontífice reprueba esta disposicion del derecho civil; pero que sin embargo, como que no la deroga expresamente dice que debe aun la misma observarse, principalmente apoyándose en una razon probable, á saber, en el mas exacto cumplimiento de los últimos deseos del hombre, y no teniendo otro objeto que la prestacion de la cosa comprada por el heredero al dueño, ó en caso que este no quisiere venderla su estimacion. Habia creido el pontífice que segun las leyes el efecto del legado de cosa agena era tal que quisiera ó no, estaba el dueño obligado á venderla; pues el que el heredero esté tenido á comprarla ó á prestar su estimacion de ningun modo repugna á la ley divina.

3. Pregúntase ahora qué es lo que se observa cuando se ha legado una cosa comun? Supóngase que el testador legó á Sempronio sin señalarle parte el fundo Seyano que poseia en comun con Ticio. La cosa no ofrece duda si el testador hubiere dicho *mi fundo*; pues entónces solo se debe una porcion, esto es, aquella parte que fué del testador segun expresamente responde Paulo *l.* 5. §. *ult. de leg.* 1., añadiendo que es esto una cosa sabida para manifestar que es de un derecho cierto, no dudoso. Efectivamente, en este

(a) L. 8. tit. 21. P. 4.
(b) L. 10. tit. 9. P. 6. vers. *E por ende.*
(c) L. 10 tit. 9. P. 6. vers. *Otrosí.*

caso las palabras y la mente del testador están en favor del heredero: las palabras, porque interpretamos muy bien estas *mi fundo* entendiendo la porcion que es mia; pues se dice con razon mio aquello que solo lo es en parte, *l.* 26. *de serv. præd. urb. l.* 74. *de leg.* 3. *l.* 2. *de cond. inst.*: la mente, porque aun cuando la cosa fuese dudosa, dificilmente se presumiria que el testador quiso gravar al heredero con la obligacion de comprar la cosa, *l.* 67. §. 8. *de leg.* 2. Pero se duda si en el caso en que el testador no hubiere dicho *el fundo mio ó que es mio,* sino que hubiese legado simplemente un fundo que tenia en comun con otro, si se deberá todo el fundo ó tan solo la porcion que fué del testador? Acursio pensó que se deberia todo, porque el legado de una cosa agena vale si el testador sabia que lo era, y porque en el caso propuesto si todo el fundo fuese ageno se deberia por entero; y lo mismo pensó tambien Donelo en la *l.* 10. *C. de leg. num.* 2. Pero pienso que es mas cierto que solo se debe en este caso una parte, de cuya opinion son tambien Bart. Bald. Jas. Duaren. en *d. l.* 5. §. *ult. de leg.* 1.; puesto que es muy diferente la razon de este caso de la de aquel en que se ha legado una cosa enteramente agena. En efecto, cuando se ha legado una cosa del todo agena, no puede parecer que el testador ha querido limitar el legado á solo una parte suya de la cosa, pues que en ella no tiene ninguna; y no puede formarse otra conjetura sino la de que ha querido legarla por entero. Mas cuando el testador tuvo en la cosa una parte, es muy presumible que solo quiso legar la parte suya sin intencion de gravar al heredero con la obligacion de comprar la agena, cuya conjetura es muy fuerte, *l.* 67. §. 8. *de leg.* 2. *l.* 36. *in fin. de usufruc. leg.* En la misma razon lo que se responde de que en el legado de un fundo vectigal no se entiende legada la propiedad, sino tan solo el derecho que en él tuvo el testador, *l.* 71. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 24. *de instruct. vel inst. leg. l.* 50. §. 4. *de leg.* 3. Sin embargo, si el testador hubiere dicho *todo* el fundo Seyano, responderia que se debe en entrambas partes, la del testador y la agena, *arg. l.* 68 *in pr. de leg.* 3. En el *lib.* 2. *cap.* 26. de las *cuest. sel.* tratamos mas extensamente esta cuestion.

4. *Si eam non potest redimere æstimatiónem ejus dare*). El efecto del legado de cosa agena es que el heredero está obligado á comprarla y entregala, ó si no pudiere comprarla á causa de que el dueño no la quiere vender, ó exije por ella un precio exhorbitante, debe prestar su justa estimacion (a), *l.* 71. §. 3. *de leg.* 1. *l.* 14. §. *ult. l.* 30. §. *ult. de leg.* 3., compitiendo al legatario por dicha causa la accion personal del testamento; pues que la real no puede competer á causa de que, cuando se ha legado una cosa agena, no puede suceder que luego despues de la muerte del testador pase el dominio al legatario. Esto, empero, se observa asi si el testador sabia que la cosa era agena; mas no, si lo ignoraba, como luego diremos.

5. *Si talis sit res cujus commercium non est, nec æstimatio debetur*). El legado de aquellas cosas que están absolutamente fuera del comercio es enteramente inútil y de ningun valor, en tanto que ni la estimacion se debe (b). Tales son las cosas sagradas, las religiosas, y las destinadas á usos públicos, *l.* 39. §. *pen. de leg.* 1. Lo mismo debe decirse si se ha una cosa legado destinada al uso del príncipe, por ejemplo, el huerto Salustiniano, el fundo Albano, ó los prédios que están en el patrimonio del César; puesto que no están en el comercio á no ser con el mandato del príncipe, siendo de un hombre sin juicio el hacer tales legados, *d. l.* 39. §. *ant. y ult.* (c). Ni tampoco es válido, regularmente hablando el legado de aquellas cosas que están unidas á los edificios, como por ejemplo, las columnas, mármoles, tejas ú otras semejantes; por cuya razon cuando se han legado semejantes cosas, no se debe ni la estimacion, *l.* 41. *y sig. d. tit.* (d). Exceptúanse dos casos en los que vale este legado, uno de los cuales se halla en *d. l.* 41. §. 5., y el otro en la *l.* 41. §. 11. *de leg.* 3.; á saber, porque en entrambos casos cesa la razon porque se prohibe legar estas cosas ó separarlas de los edificios por causa de comercio, cuya razon no es otra sino el que no se afee la ciudad con ruinas, *l.* 2. *l. de ædif. priv.* Todo esto es claro y admitido por todos.

6. Cuando, empero, se ha legado una cosa que no está en el comercio de alguna persona, debe mirarse si esta es el testador, el heredero ó el legatario. Si fuere el testador, valdrá el legado con tal que la cosa esté en el comercio del legatario; pues que tambien es útil aquella estipulacion en que la cosa estipulada está en el comercio del estipulante por mas que no lo esté en el del promitente, *l.* 34. *de verb. obl.* Lo mismo sucede si no estuviere en el del heredero y si en el del legatario; pues no debe tampoco

(a) D. l. 10. vers. *Otrosí* y sig.
(b) L. 13. tit. 9. P. 6.
(c) D. l 13.
(d) D. l. 13.

aqui tenerse en consideracion la persona de aquel, por cuanto la cosa no ha de permanecer en su poder, habiendo sobre esto un texto expreso en la *l.* 49. §. 5. *de leg.* 2. Tambien esto está puesto fuera de toda duda y admitido por el uso como lo dicho anteriormente. Grocio 2. *manuduct.* 22. *vers. pen.* Pero si la cosa no está en el comercio del legatario, se dice que no vale el legado, *d. l.* 49. §. 2. á la manera que tambien se estipula inútilmente una cosa cuyo comercio no se tiene *d. l.* 34. *de verb. obl.*, y del mismo modo que no puede donarse aquello que el donatario no puede adquirir, *l.* 9. §. *ult. de don.* οἷον χριςιανον ἀνδράποδον αἱρετικῷ προσώπῳ, *como un esclavo cristiano á una persona herege*, segun dicen los griegos en *d. lug.* Con todo, no está tan expedito esto como lo anterior; pues en primer lugar, parece obstar lo que se responde de que cuando se ha legado una milicia á un siervo ageno, se debe la estimacion al señor, con tal que el testador supiese que era siervo aquel á quien la legaba, *l.* 11. §. 16. *de leg.* 3.; es asi que el siervo no es capaz de la milicia. A esto, empero, se responde, que aunque los siervos no tenian participacion ninguna del derecho civil, debe saberse que se introdujo que tuviesen la testamentifaccion por medio de la persona de sus señores, y que por lo tanto si podia dejarse la milicia a estos, podia tambien dejarse á sus siervos, considerándose en este caso legada al dueño, *l.* 51. *de hær. inst.* Por esta causa, si el testador hubiere legado la milicia á un siervo ageno, el legado será útil, y la estimacion que viene comprendida en el legado de milicia, *d. l.* 49. §. 1. *de leg.* 2. se deberá al dueño que tuvo la misma en su comercio. Esto asi, empero, si el testador sabia que era siervo el legatario; pues si creyó que era libre, en *d. l.* 11. §. 16. se dice que se niega la reclamacion del fideicomiso, dándose la razon de que si hubiese sabido que era siervo no lo habria dejado; no habiendo querido en este caso que el dueño consiguiese nada en virtud del legado ó fideicomiso, y habiendo dejado la cosa únicamente á aquel en cuyo comercio no está; lo que confirma nuestra distincion. En segundo lugar, piensan que obsta la *ley* 114. §. 5. *de leg.* 1., pero ella misma nos suministra la respuesta. Dice el jurisconsulto *que se deberá la estimacion cuando se hubiere dejado lícitamente á uno alguna cosa, que él mismo por algun vicio de su cuerpo, por la cualidad de la cosa dejada ó alguna otra causa probable no puede tener, aunque puede tenerla otro.* Propónese aqui un legado dejado lícitamente; luego es dejado á uno que es capaz, no á uno á quien está prohibido el comercio de la cosa legada; pues nadie dirá que un prédio provincial pueda lícitamente legarse al presidente, ó á un judío un esclavo cristiano. Propónese el caso en que se ha dejado á uno que por alguna circunstancia ó causa probable no puede adquirir la cosa; por ejemplo, supóngase que se ha legado ó dejado en fideicomiso la milicia á un sordo, mudo ó ciego. En este caso se deberá la estimacion, la que no se deberia si el legado se hubiese hecho á un incapaz, *arg. d. l.* 11. §. 16. *de leg.* 3. Por último, objétase aqui la *l.* 40. *de leg.* 1. cuyo lugar ofrece mayor dificultad, pues en él se dice expresamente que es útil el fideicomiso y que se debe la estimacion aun en aquel caso en que el fideicomisario no tiene derecho de poseer. Donelo en *d. l.* 34. *de verb obl.* distingue entre el impedimento de poseer y la incapacidad del legatario, y quiere que el no tener el derecho de poseer sea diferente de no tener el comercio de una cosa; pero esta distincion solo tiene lugar cuando se trata de la condicion de la persona del legatario, y no de su capacidad ó incapacidad. Roberto 3. *animadv.* 11. y otros piensan que debe distinguirse entre si el testador supo ó ignoró que el legatario ó fideicomisario era incapaz, diciendo que en el primer caso se debe la estimacion y no en el segundo. A mi no me disgusta lo que Cuyacio en *d. l.* 34. dice que en dicha *l.* 40. sobra la segunda negacion, y que debe quitarse para que el sentido sea que se debe la estimacion si la cosa, cuyo comercio no tiene el legatario, se deja por medio de este y por fideicomiso á aquel en cuyo comercio está; cuya opinion es certísima; pues en este caso se prescinde de la persona del legatario, y se considera lo mismo que si se hubiese dejado el fideicomiso por medio del heredero; siendo este caso muy semejante al que se propone en *d. l.* 46. §. *pen. de leg.* 2. Si, empero, se conserva la segunda negacion, el sentido es ridículo, sobrando aquellas palabras: *cujus commercium legatarius non habet.* En efecto, qué importa que el legatario tenga ó no el comercio de la cosa que se ha dejado en fideicomiso, si el fideicomisario no lo tiene ó no tiene el derecho de poseerla? No aprueba este parecer de Cuyacio, Duareno en *d. l.* 40.; pero quién podrá admitir la explicacion de este que refiere aquellas palabras, *cui jus possidendi non est*, al legatario, quien segun Duareno es lo mismo que aquel á quien se dice dejarse algo por fideicomiso? Quién no vé que de este modo sobran todas

aquellas palabras *cui jus possidendi non est?* Piensa, empero, Duareno que en la cuestion propuesta debe distinguirse segun la razon del derecho antiguo entre el legado y el fideicomiso; y que el legado de una cosa que no está en el comercio del legatario es inútil por aquel derecho; pero que era útil un fideicomiso semejante, á causa de que este era interpretado mas benignamente, debiéndose en virtud del mismo la estimacion. Prueba de esto, segun él es que en los lugares en que se niega que se deba la estimacion se trata del legado como en *d. l.* 49. *de leg.* 2. §. *gen.*, y por el contrario en donde se dice que se debe la estimacion se habla del fideicomiso como en *d. l.* 11. §. 16. *de leg.* 5. y *d. l.* 114. §. 5. *de leg.* 1. Tambien Bacovio, que opina en esta materia lo mismo que Duareno, parece que da una elegante razon de esta diferencia, á saber, porque el legado pasa directamente al legatario, pero el fideicomiso subsiste primero en la persona de aquel por medio de quien se deja; mas yo no creo estas razones de grande peso, pues si tan grande diferencia hubiese habido entre los legados y fideicomisos, ciertamente hubieran hecho mencion de ella Ulpiano y Cayo en el *tit. de fideic.* en donde enumeran si no todas las diferencias entre estas cosas á lo menos las mas principales. Por el contrario en Ulpiano he visto que el legado por damnacion del que comunmente se trata aqui, y el fideicomiso son de una misma naturaleza, de suerte que las cosas que pueden dejarse por medio del uno, pueden tambien dejarse por medio del otro, *d. tit. de fid.* §. 4. A pesar de esto, es sabido que por el legado de damnacion no pasa el dominio al legatario directamente mas de lo que pasa por fideicomiso, de lo que se deduce que la razon aquella, que de esta diferencia da Bacovio, no es tan sólida como parece.

8. *Si sciebat alienam rem esse*). No siempre se debe una cosa agena legada; sino que segun dijimos arriba debe distinguirse entre si el testador sabia ó no que era agena la cosa, debiéndose en el primer caso y no en el segundo (a), *l.* 10. *C. h. t. l.* 67. §. 8. *eod.* 2.; lo que tambien nos enseña aqui el emperador dándonos la razon de que *tal vez si el testador hubiese sabido que la cosa era agena no la hubiese legado*. Pero de donde deducimos que no la habria legado? No de otra cosa sino de que de nadie debe fácilmente presumirse que quiera gravar á su heredero con la obligacion de comprar una cosa agena, *d. l.* 67. §. 8. *l.* 36. *in fin. de usufr. leg.* Y por esto puede tambien conocerse que semejante distincion no se refiere á la cosa propia del heredero, sino que esta se deberá sin distincion aun cuando el testador la hubiese legado creyendo que era suya; pues que, estando el dominio de la cosa legada en poder del heredero, puede esta prestarla tan fácilmente como una cosa que fué del difunto, *d. l.* 67. §. 8. Sin embargo, algunas veces la conjetura de la voluntad hace que tambien la cosa agena legada se deba sin distincion; por ejemplo, si se ha dejado á alguna persona inmediata, como á un ascendiente, á la muger, á algun pariente, á un amigo íntimo ó á una persona tal á quien es verosímil que el testador de todos modos hubiera dejado el legado, *d. l.* 10. *C. eod.*; lo que Tiraquel. *priv. piæ caus.* 66. y Vasq. *lib.* 5. *de succ. progr.* §. 27. *n.* 41. hacen extensivo á los legados dejados por causas piadosas.

Legatarium probare oportere). Dice esto porque ordinariamente cuando se ha legado una cosa agena suele suscitarse una cuestion entre el heredero y el legatario, alegando aquel que el testador ignoró que la cosa era agena, y diciendo este por el contrario que lo supo; cuya cuestion produce esta duda, á saber, sobre á quien corresponde probar, si al heredero que el testador lo ignoró, ó si al legatario que lo supo; por lo que, el emperador quiso establecer lo que en este caso debe observarse. Dice, empero, que aqui no se exije prueba ninguna, sino que el legatario es quien debe probar que el difunto supo que la cosa era agena (b), dando de esto por razon aquella conocida regla del derecho (c), *l.* 23. *C. de prob. l.* 4. *C. de edend.* de que la necesidad de probar incumbe á aquel que acciona, quien en este caso es el legatario, y no el heredero. Lo mismo dice tambien y con iguales palabras Marciano en la *l.* 21. *de prob.* Agrégase á esto otra razon mas fuerte, á saber, que el heredero tiene en su favor una presuncion del derecho, en virtud de la cual, aun cuando fuese actor, corresponderia al legatario la obligacion de probar, *l.* 8. *y* 6. *eod. tit.* Con todo, puede esto variar segun las circunstancias; pues si la posesion de la cosa legada está en poder de otro y nunca tuvo en ella el difunto derecho ninguno ni lo reclamó, hay una grande presuncion en favor del legatario de que el testador sabia que la cosa era agena, véase á Gomez 1. *res.* 12. *num.* 13. Christin. *vol.* 4. *dev.* 32. *n.* 5. *y sig.*

(a) L. 10. [illegible] P. 6 [illegible] *Otrosi* y sig.

(b) D. l. 10. vers. *E porr.*

(c) L. 1. tit. 1. P. 3.

TEXTO.

De re pignorata.

5. Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet hæres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat hæres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, et hoc expresserit, non debet hæres eam luere.

TRADUCCION.

De la cosa dada en prenda.

Si uno hubiere legado una cosa obligada á un acreedor, el heredero debe redimirla. Y tambien en este caso se observa lo mismo que respecto de una cosa agena, de modo que solo esté tenido el heredero á redimir en caso que el difunto supiese que la cosa estaba obligada; y asi lo dispusieron los emperadores Severo y Antonino. Mas si el difunto ha querido que la redima el legatario, y lo ha expresado, no deberá el heredero redimirla (a).

NOTAS.

5. *Si rem obligatam*). Véase la *l.* 57. *de leg.* 1. *l.* 15. *de dot. prœl. l.* 6. *C. de fideic.*

Hæres eam luere). En *d. l.* 15. se dice *liberare*. *Luere* quiere decir redimir la prenda por medio de la solucion ó satisfaccion.

Et hoc expresserit). Cuando la voluntad del testador es cierta y expresa, no tienen entrada las conjeturas, *l.* 55. *eod.*

COMENTARIO.

1. *No obsta á lo que en este §. se dice lo que en otras partes se dispone de que cuando se lega una cosa cierta se debe dar tal cual es.*
2. *Algunas veces aun cuando el testador ignoró que la cosa estaba obligada, debe el heredero redimirla, y en qué cosas sucede esto?*
3. *Qué sucede cuando se ha vendido la prenda?*

La cosa obligada en prenda es agena en cierto modo, puesto que nos falta su precio que estamos obligados á satisfacer para redimirla, *arg. l.* 14. *de verb. sign.*; por lo que la dacion en prenda se considera como una especie de enagenacion, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* De ahi es que respeto de la cosa obligada en prenda se observa lo mismo que respecto de una cosa agena, de suerte que á la manera que el heredero está obligado á comprar esta última, asi tambien debe redimir la primera, esto es, librarla de la obligacion de la prenda pagando el dinero, *h. text. l.* 57. *de leg.* 1 *l.* 15. *de dot. prœl. l.* 6. *C. de fideic.*

1. No obsta á esto lo que en otras se dice, que cuando se ha legado una cosa cierta, se debe dar tal cual es; por ejemplo, si el fundo que ha sido legado debe una servidumbre, puede prestarse en union con esta, *l.* 69. §. 5. *de leg.* 1.; pues esto que se dice de una cosa propia del testador no pertenece á una cosa en todo ó en parte agena, como con razon se considera la dada en prenda á causa de la deuda. Por la misma razon se ha respondido, que si se ha legado un fundo del cual otro tiene el usufructo, el heredero está obligado á comprar este último, porque por lo que hace al usufructo se considera haberse legado una cosa agena, pues aunque el usufructo no consiste en una parte de esta, sino en un derecho, con todo, contiene todo el emolumento de la cosa, y hace por lo tanto las veces de una parte de la misma, *l.* 66. §. *pen. l.* 76. §. 2. *de leg.* 2. Sin embargo, Tuldeno *hic. cap.* 11. advirtió, insiguiendo á Juan Fabro, que si uno legó un prédio obligado por una pension anual, no debe ser obligado el heredero á redimirlo, y asi dice que se observa. Y esto asi porque, siendo semejantes cargas perpétuas la mayor parte de las veces ó inherentes á la cosa á la manera de las servidumbres, no es de presumir que el testador haya pensado en su redencion.

2. *Ita demum si sciebat defunctus*). (b). Si lo ignoraba, valdrá tambien el legado; pero entónces quien deberá remitir la prenda será el legatario *dd. loc.* (c). Dos son los casos en los que á pesar de haber ignorado el testador que la cosa estaba obligada, deberá el heredero redimirla. El uno es cuando el testador habria legado la misma cosa ú otra de igual valor si hubiese sabido que estaba obligada, *d. l.* 57. *de leg.* 1. *d. l.* 6. *C. de fideic.*; lo que podrá saberse si el testador lo hubiere manifestado asi alguna vez, ó si hubiere legado la cosa á un pariente ó amigo, segun dijimos mas arriba respecto de la cosa agena, *arg. l.* 10. *C. de leg.* (d). El otro caso es cuando la deuda iguala ó excede del valor de la cosa obligada (e); por cuanto si en este caso la redimiese el legatario no percibiria ninguna utilidad y quedaria burlado con un legado inútil, lo que no es presumible que haya querido el difunto, *d. l.* 57. *in pr.* en la que debe leerse, *vel nisi non*

(a) L. 11. tit. 9. P. 6.

(b) L. 11. tit. 9. P. 6.
(c) D. l. 11.
(d) D. l. 11. vers. *Otrosí.*
(e) L. 10 tit. 9. P. 6 vers. *Fueras ende.*

potest aliquid esse superfluum exoluto ære alieno, segun se lee en las ediciones de Roberto Steph, Pedro Baudoza y algunas otras; y no *vel potest aliquid esse superfluum, etc.* como se lee vulgarmente. Efectivamente, leyéndose de este último modo el sentido del jurisconsulto, segun muy bien advierte Fachin. *lib.* 12. *cont.* 43., seria que siempre que la cosa legada valiese mas que la deuda, el heredero debe redimirla aun cuando el testador ignoró que estaba obligada; lo que piensa ser verdadero Fachin. *d. l.* y Tuldeno *hic. c.* 11. Entonces, empero, debe cambiarse la regla, porque rarísimas veces sucede que los acreedores reciban en prenda una cosa, cuyo valor no exceda de la deuda. Donelo 8. *num.* 19. da otro sentido al modo comun de leerse; á saber, que cuando la deuda excede del valor de la cosa legada, la que el testador ignoraba que estuviese obligada, el legatario debe redimirla hasta donde alcance el valor de la cosa, debiendo lo restante ser satisfecho por el heredero; cuya interpretacion de ningun modo admiten aquellas palabras *si potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno.*

5. Debemos advertir aqui que el heredero solo puede redimir la prenda cuando no ha sido aun legitimamente vendida por el acreedor; pero si esto se hubiese ya verificado, entónces se convierte en un legado de cosa agena por cuanto se ha transferido el dominio á un tercero en virtud del derecho de prenda, *l.* 46. *de acq. rer. dom. l. ult. C. si vend. pign. agat.* Por consiguiente, en este caso solo resta que el heredero compre la cosa, ó satisfaga su estimacion si no pudiere comprarla, á no ser que se probare ser otra la voluntad del difunto, *d. l.* 6. *de fideic.* VINN. El modo como Roberto Steph. y Baudoza leen *d. l.* 57. es muy violento y no se halla apoyado en ninguno de los antiguos códigos manuscritos; por consiguiente parece clarísima la opinion de Donelo. Ulpiano pone en primer lugar una regla bimembre. Si el testador supo que la cosa estaba obligada, debe redimirla el heredero á no ser otra la voluntad de aquel; si lo ignoró, entónces debe redimirla el legatario. Siguense en seguida algunas excepciones pertenecientes al segundo miembro. 1.ª A no ser cuando el testador habria dejado la misma cosa ú otra si hubiese sabido que estaba obligada. 2.ª *Vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*; esto es, á no ser que despues de satisfecha la deuda quede aun algo para pagar; por ejemplo, las usuras atrasadas, pues que esto debe satisfacerse por el [illegible] caso pertenecen tambien las palabras que siguen en las que Ant. Fab. *lib.* 11. *conj. cap.* 10. y Donelo *lib.* 8. *cap.* 19. leen malamente *voluerit* en vez de *soluerit*; cuya correccion no es necesaria si dicho versículo se refiere á este caso segun ya demostró Osvv. Hillig. *Donell. enucl. ib. lit.* HEIN.

Voluerit legatarium luere et hoc expresserit). La razon de esto es clara; pues cuando es cierta la voluntad del testador, no deben admitirse las conjeturas; sino que debe absolutamente observarse aquella, *l.* 33. *de leg.* 1.

TEXTO

De re aliena post testamentum à legatario acquisita.

6. Si res aliena legata fuerit, et ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, siquidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si verò ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eumdem hominem et eadem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res ei debetur, interest, utrum rem an æstimationem ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem agere potest.

TRADUCCION.

De la cosa agena adquirida despues del testamento por el legatario.

Si se hubiere legado una cosa agena, y el legatario durante la vida del testador hubiere adquirido el dominio de ella por causa de compra puede por la accion del testamento conseguir el precio; pero si lo hubiere adquirido por una causa lucrativa como por donacion ú otra semejante no tiene accion; pues está establecido que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona y sobre una misma cosa (a). *Por esta razon, si en virtud de dos testamentos se debe una misma cosa, ha de distinguirse si ha conseguido en virtud de un testamento la cosa ó la estimacion; pues si tiene la cosa, no puede obrar en atencion á que la tiene por una causa lucrativa, y puede obrar si ha conseguido la estimacion* (b).

NOTAS.

6. *Traditum est duas lucrativas, etc.* Todos los deudores que deben una especie en virtud de una causa lucrativa se libran siempre que dicha especie ha llegado á poder de los acreedores tambien por un título lucra-

(a) L. 43. tit. 9. P. 6.
(b) L. 11. d. tit.

tivo, *l.* 17 *de obl. et act. l.* 83. §. 6. *de verb. obl. l.* 61. *de solut.* La razon de esto es porque desde que la cosa empieza á ser del acreedor, la obligacion recae en un caso en el que no podia empezar, §. 10. *inf. eod.* §. 2 *inf. de inu. stip.* §. 4. *inf. de act.* Otra cosa sucede con una causa onerosa; porque aquel á quien falta el precio de la cosa se considera faltarle la misma cosa, *l.* 44. *de verb. sign.*

COMENTARIO.

1. *La distincion que se hace en este §. tiene lugar tambien cuando la cosa legada ha sido adquirida por el legatario despues de la muerte del testador.*
2. *El concurso de dos causas lucrativas es una especie de liberacion.*
3. *Qué sucede cuando la misma cosa se ha legado varias veces á uno en el mismo testamento?*
4. *Qué sucede cuando se ha legado la misma cantidad varias veces á uno en el mismo testamento ó en dos diferentes?*
5. *Si se ha legado una misma cosa en los testamentos de dos personas diferentes, y en virtud del uno se ha conseguido la estimacion, puede aun en virtud del otro reclamarse la cosa; pero no al contrario, y por qué tanta variedad?*

Si al tiempo de hacerse el testamento la cosa legada era del legatario, el legado es inútil segun se dice mas abajo en el §. 10.; pero si en aquel tiempo era agena, y posteriormente por otra causa hubiere el legatario adquirido su dominio, debe examinarse si la causa en virtud de la cual la ha adquirido es onerosa ó lucrativa; pudiendo en el primer caso entablar la accion del testamento y conseguir el precio; mas no en el segundo por razon de la regla que dispone que en una misma persona y sobre una misma cosa no pueden concurrir dos causas lucrativas; cuya regla la explicarémos luego a). Llámase causa onerosa aquella en virtud de la cual recibimos la cosa de suerte que á nuestra vez damos alguna cosa por ella, lo que sucede en las compras y permutas. La dote se considera tambien una causa onerosa, *l.* 19 *de obl. et act.* Causa lucrativa es aquella por la cual el que recibe la cosa de nada se desprende, tales son el legado, el fideicomiso, la donacion, *l.* 4. §. 29. *de dol. mal. exc. l.* 33. §. 6. *de verb. obl. l.* 61. *de solut.*

Si res aliena legata fuerit). Esto es, legada por aquel que sabia que la cosa era agena; de otra suerte el legado es inútil á no ser que tenga en su favor alguna singular conjetura de la voluntad, segun se ha manifestado arriba en la explicacion del §. 4

1. *Vivo testatore*). La glosa y los doctores piensan que se dice esto por via de ejemplo, y que se observa lo mismo aun cuando haya tenido esto lugar despues de la muerte del testador; con cuya opinion me conformo. En efecto, aun cuando supongamos que ya se ha adido la herencia desde cuyo tiempo empieza á ser deudor el heredero, deberá con todo decirse lo mismo, esto es, que se libra el heredero si antes de poder comprar y adquirir la cosa la ha adquirido el legatario en virtud de otra causa lucrativa segun la regla dada en la *l.* 17. *de obl. et act.* Por lo tanto es muy frívolo lo que objeta Bacovio de que el dia del legado cede desde la muerte del testador. Pero qué sucederá si el legatario durante la vida del testador hubiere vuelto á enagenar la cosa? valdrá de nuevo el legado? Niéganlo los doctores comunmente; pero yo soy de contraria opinion á causa de la *l.* 82 *in pr. de leg.* 1., cuyo lugar parece que prueba que en el caso propuesto, la obligacion no se extingue en el efecto á no ser que en el dia en que cede el legado tenga aun el legatario el dominio de la cosa.

Ex causa emptionis, etc. pretium consequi potest). *L.* 34. §. 7. *de leg.* 1. 45. y 84. §. 5. *eod. tit.* Si compró toda la cosa ó la adquirió toda por otro título oneroso se le deberá dar todo el precio; pero si tan solo una parte, únicamente se le dará el precio de la parte que compró, *d. l.* 82. §. 5.

2. *Duas causas lucrativas in eumdem hominem et eamdem rem*). Esta es una regla general que tiene lugar no solo cuando se debe la cosa por razon de legado ó fideicomiso, *l.* 108. §. 4. *de leg.* 1. *l.* 66. 1. §. *de leg.* 2. *l.* 21. §. 1. *de leg.* 3., sino tambien en todas las otras causas lucrativas, *d. l.* 17. *de obl. et act. l.* 83. §. 6. *de verb. obl. l.* 61. *de solut.* pues el concurso de dos causas lucrativas sobre una especie de liberacion, *d. l.* 17. *de obl. et act.*, que segun yo pienso pertenece á todas aquellas causas en que el negocio recae en aquel caso en que no pudo empezar, §. 2. *inf. de inut. stip.*; pues que cuando la cosa que se debe por una causa lucrativa ha pasado al dominio del acreedor, empieza ya á ser del mismo de suerte que no puede ya hacerse suya, §. 24. *inf. de act.* Se dirá que tambien sucede lo mismo cuando el acreedor ha adquirido la cosa por una causa onerosa. Porqué, pues, en este caso no se libra aquel que debe la cosa por una causa lucrativa? Porqué cuando el acreedor ha adquirido la cosa por una causa one-

(a) L. 45. tit. 9. P. 6.

cosa, aunque tenga el dominio de la misma lo propio que cuando la ha adquirido por título lucrativo, con todo no se considera que tenga el emolumento ni la misma cosa segun la doctrina de los antiguos; quienes establecen que aquel, á quien le falta el precio, se considera tambien faltarle la misma cosa, *l.* 14. *de verb sign.* Además, esta regla solo tiene lugar cuando se ha legado una cosa ó especie determinada; pues que si por ejemplo, se ha legado dos veces una cierta cantidad ó suma, no puede decirse que se deba la misma cosa, *l.* 34. §. 3. *de leg.* 1. *l.* 87. *de leg.* 2., aunque si esto lo ha hecho un mismo testador, no se presume multiplicado el legado, *d. l.* 34. §. 3. Exije la regla que el acreèdor haya àdquirido la cosa, cuyas palabras han de entenderse de suerte que la haya adquirido de modo que haya de permanecer en su poder; de otra suerte, si puede quitársele, ó si se le ha legado con la condicion de que la restituya á otro, no tendrá lugar la regla, *l.* 82. *in. pr. y* §. 1. *de leg.* 1. *l.* 61. *de solut. l.* 71. *de verb. sign.*

3. *Si ex duobus testamentis eadem res*). Dice *en dos testamentos*, esto es, *en los testamentos de dos personas*; pues si en un mismo testamento se lega á uno varias veces una misma cosa, no puede pedirse mas que una vez, bastando que se consiga la cosa ó su estimacion, *l.* 34. §. 1. *de leg.* 1. (a). Efectivamente, legando varias veces una misma cosa, no amplia el legado el testador, *l* 42. *de usufr.* y no tanto se considera que ha legado como que ha hablado muchas veces, *l.* 66. §. 3. *de leg.* 2. *l.* 86. §. 1. *de leg.* 1., á no ser que apareciere que se ha hecho con el objeto de ampliar el legado como en este ejemplo: Uno instituyó dos herederos y condenó á cada uno de ellos á satisfacer el todo al legatario. En este caso se responde que es lo mismo qne si se hubiese hecho el legado en dos testamentos, *l.* 53. §. 2. *de leg.* 1.

4. Dice *la misma cosa*, esto es, *la misma specie, el mismo cuerpo*; pues que si en los testamentos diferentes se ha dejado á uno la misma cantidad, por ejemplo, cien aureos, podrá pedir el legado por entero en virtud de cada uno de los dos testamentos; á pesar de que si hubiere esto tenido lugar en un mismo testamento, no debe el legado prestarse mas de una vez, á no ser que el legatario probare que el testador quiso multiplicar la suma; pues que se presume que mas bien se repitió el legado, que no se multiplicó, *d. l.* 34. §. 3.; á no ser que tal vez lo hubiese legado en diferentes escrituras; por ejemplo, en el testamento y codicilos, pues entónces, á no ser que el heredero pruebe lo contrario, se presume duplicado el legado, *l.* 22. *de probat*; y en ella la glosa y los doctores. Duareno en *d. l.* 34. en donde refuta los argumentos de Zacio que impugna esta distincion. Tambien sucede esto cuando el testador hubiere variado el modo de legar en la cantidad, calidad, condicion, tiempo, lugar ó causa; pues entónces tambien se considera haber querido ampliar el legado á no ser que se pruebe lo contrario por la *l.* 9. *de adm. leg.*

5. *Utrum rem an æstimationem*). (b). Asi pues lo que en *d. l.* 34. §. 2. se dice de que si en dos testamentos diferentes se me ha legado la misma cosa, puedo pedirla dos veces, de suerte que por un testamento consiga la estimacion, y por el otro la cosa, debe entenderse con la distincion de que si primeramente he conseguido en virtud de uno la estimacion, puedo aun pedir la cosa en virtud del otro; pero no puedo pedir la estimacion si ya antes hubiere conseguido la cosa; y asi se observa, Grocio 2. *manuduct.* 22. No obsta á esta distincion la *l.* 84. §. 2. *de leg.* 1. en donde se dice que es repelido por la excepcion aquel que recibió el precio; pues en el caso de *d. l.* el heredero Ticio solo se considera haber legado lo que él tuvo en la cosa, á saber, el derecho de retenerla por dos años, de suerte que este legado no ofrece otra utilidad que la representacion. La *l.* 88. *de verb. sign.* nos sumistra la razon de esta distincion; pues en ella dice el jurisconsulto, que aquel que tiene la cosa, se considera tambien la estimacion; y por el contrario, aquel que tiene esta última, no se considera que tenga la cosa, pues en esta viene comprendida aquella; mas no aquella en esta; y por lo tanto que si aquel, que tiene la cosa, pide la estimacion, se cree que pide lo mismo que ya tiene, y por el contrario una cosa que no tiene aquel que, habiendo conseguido la estimacion, pide despues la misma cosa. Agrégase á esto que el precio de afeccion puede añadirse á la estimacion *l.* 33. *de minor.* (c).

(a) L. 43. tit. 9. P. 6.

(b) L. 41. tit. 9. P. 6.

(c) Preciso se hace confesar que la escrupulosa rigidez con que los romanos observaban los principios fundamentales de su derecho les hacia en muchos casos apartarse de la equidad. En este párrafo se nos presenta de ello un ejemplo bien manifiesto. Efectivamente: cuando en dos testamentos de diversos testadores se ha legado una misma especie á una persona, ¿por qué si el legatario ha adquirido la cosa en virtud del primer testamento, no ha de poder pedir la estimacion en virtud del segundo? Por qué en este caso no ha de cumplirse la voluntad del testador, la

TEXTO.

De his quæ non sunt in rerum natura.

7. Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, rectè legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt; aut quod ex illa ancilla natum erit.

TRADUCCION.

De aquellas cosas que no existen.

Tambien puede legarse aquello que no existe; por ejemplo, los frutos que nacerán en aquel fundo, ó lo que nacerá de aquella esclava (a).

COMENTARIO.

1. y 2. *Si el legado de que se trata aquí es puro ó condicional?*

Aquello que no existe ni puede existir no puede legarse; por ejemplo, un hipocentauro ó un hombre muerto; á la manera que tampoco pueden estas cosas estipularse, §. 1. *inf. de inut. stip.* *l.* 108. §. 10. *de leg.* 1. Aquello, empero, que aunque actualmente no existe puede existir ó se espera que existirá, puede legarse aunque pueda muy bien suceder que nunca exista; por ejemplo, si se legaren los frutos que nacerán en el fundo Tusculano, ó lo que ha de nacer de la esclava Arescusa, ó la isla que naciere en el rio, *l.* 24. *in pr. de leg.* 1. Semejante legado antiguamente solo podia dejarse por damnacion segun nos enseña Cayo, *lib.* 2. *inst. de leg.* §. 3.

1. Pregúntase aquí si este legado es puro ó condicional? Y á esto debe responderse que por lo que hace á la transmision se considera puro, y condicional por lo respectivo á la obligacion, segun la glosa y los doctores comunmente en la *l.* 25. §. 1. *quand. dies leg. ced.* Gomez 1. *res.* 12. *n.* 24.; lo que luego se entenderá mejor.

2. *Fructus qui in illo fundo*). El caso en que uno lega una cierta cantidad de trigo, vino ó aceite, que de todos modos debe prestarse, no pertenece aquí, sino sólo el en que se legan todos ó cierta cantidad de los frutos que nacerán en este ó aquel fundo; por ejemplo, de este modo; *dé mi heredero los frutos que nacerán en el fundo Tusculano*; ó así expresando cierta cantidad: *mando á mi heredero que dé cien cántaros de vino del que producirá el fundo Semproniano, l.* 24. *de leg.* 1. *l.* 5. *de trit. vin. leg.* En virtud de estos legados si nada hubiere nacido, nada se deberá; y si no hubiere nacido tanto como se ha legado, solo se deberá lo que haya nacido, como que el testador hubiese legado por modo de tasacion, *d. l.* 5. *de tit. leg. l.* 8. §. 2. *de leg.* 2. (b). Y esto es lo que Pomponio da á entender cuando dice que en semejantes legados viene comprendida una condicion, *l.* 1. §. *ult. de cond. et dem.*, á saber, por la naturaleza de la misma cosa, *l.* 73. *in pr. de verb. obl.* y que viene de afuera, no del mismo testamento. No impidiendo, empero, semejantes condiciones que el dia del legado ceda desde la muerte del testador, y que muerto el legatario aun antes de nacer los frutos se transmita al heredero la esperanza del legado, *l.* 25. §. *ult. l.* 6. §. 1. *quand. dies leg.*, de hai es que se dice que semejantes condiciones no convierten en condicionales los legados, *l.* 99. *de cond. et dem.*, á saber, porque el principal efecto de los legados condicionales es que no se transmiten antes de verificarse la condicion, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* No obsta la *l.* 16. *eod. tit.*, pues habla del legado alternativo y de un caso tal que se ignora que es lo que ha de nacer, y que es lo que elegirá el heredero; pues que antes de dado á luz el parto no puede tener lugar la eleccion. Sin embargo, el legado de los frutos futuros se reputa por condicional en cuanto por causa del mismo no se entiende que haya obligacion ni accion ninguna antes de nacer los frutos, y en cuanto la accion solo empieza á existir cuando pueden las cosas prestarse naturalmente, *d. l.* 73. *de verb. obl.* De paso debemos advertir que no pertenece aquí el legado de una cierta cantidad de frutos, aun cuando el fundo se haya añadido por causa de demostracion y no de tasacion; pues en este caso se deberá íntegro el legado aunque nada pueda percibirse del fundo, *l.* 12. *de alim. leg. l.* 27. §. *ult. de leg.* 3.

TEXTO.

De eadem re duobus legata.

8. Si eadem res duobus legata sit, sive conjunc-

cual de todos modos es claro que consiste en favorecer al legatario con la cosa legada ó con su valor en defecto de aquella? Y qué disparidad hay entre este caso, y cuando ha sido satisfecha tan solo la estimacion? Yo no sé ver ninguna; y ciertamente que si buscamos la razon de semejante disposicion no la encontrarémos sino en metafísicas sutilezas, que lejos de favorecer se oponen á la voluntad del testador. Sin embargo, nuestra legislacion se conforma en este punto con la romana, y en la *l.* 44. *tit.* 9. *P.* 6. se dispone lo mismo que en este §.

(a) L. 12. tit. 9. P. 6.

(b) L. 18. tit. 9. P. 6

tim, sive disjunctim, si ambo perveniunt al legatum, scinditur inter eos legatum, si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoque modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat, *Titio et Sejo hominem Stichum do, lego.* Disjunctim ita, *Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego.* Sed et si expresserit eumdem hominem Stichum, æquè disjunctim legatum intelligitur.

TRADUCCION.

Si se ha legado una misma cosa á dos, ya copulativa, ya disyuntivamente, y los dos concurren en el legado, se divide este entre ellos; mas si faltare uno de ellos, ya por haber repudiado el legado, ya por haber muerto durante la vida del testador, ya de cualquier otro modo, todo pertenece al colegatario. Légase copulativamente, por ejemplo, cuando uno dice, Doy, lego el siervo Estico á Ticio y á Seyo, *y disyuntivamente de este modo:* Doy, lego el siervo Estico á Ticio: doy, lego el siervo Estico á Seyo. *Y se entiende tambien haberse legado disyuntivamente si se hubiere dicho,* el mismo siervo Estico (a).

NOTAS.

8. *Si alter deficiat, totum ad collegatarium*). Si fueren muchos los colegatarios, ya unidos, ya desunidos, acrece la parte que falta igualmente á todos. Si hubiere á la vez unidos y desunidos, los unidos son preferidos á los demás en la parte de los unidos; mas la parte de los desunidos acrece á todos, de suerte, empero, que los unidos se consideran como una misma persona, *l.* 54. *eod.* 4. *l.* 89. *eod.* 5. *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* A los unidos acrece con carga, á los desunidos sin ella: á aquellos solo queriendo, á estos tambien contra su voluntad, *d. l. un.* §. 11.

Titio et Sejo hominem Stichum do, lego). Estos se llaman unidos en la cosa y en las palabras, *l.* 142. *de verb. sign.*; pero si el testador hubiere añadido por partes iguales, entónces solo serán unidos en las palabras, *d. l.* 142. *d. l.* 89., entre los que, con todo, tiene tambien lugar el derecho de acrecer, segun lo prueba *d. l.* 89., pues el derecho de prelacion que allí se les concede necesariamente presupone el derecho de acrecer.

Disjunctim). Por separado, en varias oraciones. Son, empero, tambien estos unidos en la cosa á la que son llamados; por lo que son llamados unidos en la cosa, pues hay tres especies de conjuncion, *d. l.* 142. *d. l.* 89.

COMENTARIO.

1. *Qué cosa sea el derecho de acrecer?*
2. *En las herencias este derecho tiene lugar por necesidad. De donde proviene esta, y cuales son sus efectos?*
3. *A quienes y en qué parte acrecen las porciones de los herederos que faltan?*
4. *Este derecho tiene tambien lugar en los legados, pero por solo la presunta voluntad del testador; y que diferentes efectos se derivan de aquí?*
5. *Diferencia que antiguamente habia entre las varias especies de legados por lo que hace al derecho de acrecer.*
6. *El derecho de acrecer no tiene lugar sino entre los unidos en la cosa, y se explican las varias especies de unidos.*
7. y 10. *Los que aquí y á cada paso se llaman desunidos son tambien verdaderamente unidos.*
8. *A quienes y por qué parte acrece la porcion del colegatario que falta?*
9. *Entre los legatarios de diversas cosas no tiene lugar el derecho de acrecer.*
10. *Cada uno de los unidos y desunidos bajo diversos aspectos se dice que tiene el todo y la parte.*
11. *Qué cosa sea hacer partes desde un principio, criticándose á Gotofredo y á Goveano?*
12. *Explícase el lugar de Ulpiano en la* l. 34. §. 9. de leg. 1., *desechándose la interpretacion de Antonio Fabro.*
13. *Si hace parte aquel unido que al tiempo de hacerse el testamento es muerto ó incapaz?*
14. *Si la porcion del unido muerto despues del fallecimiento del testador acrece al unido?*
15. *Si el derecho de acrecer tiene lugar entre los unidos por las palabras solamente?*
16. *Con qué argumentos parece probarse que los unidos por las palabras solamente no son unidos, y con cuales se prueba lo contrario?*
17. *Defiéndese latamente la comun opinion de que tambien entre los unidos por las palabras solamente tiene lugar el derecho de acrecer.*
18. *Qué es lo que se observa en el legado de alimentos?*

(a) L. 33. tit 9 P. 6.

1. Tócase aquí el tratado del derecho de acrecer que se cree ser el mas sútil y perplejo de nuestro derecho. El derecho de acrecer es aquel en virtud del cual la porcion de los coherederos ó colegatarios que faltan se agrega á aquellos que admitieron su porcion. Bajo el nombre de herederos entendemos tambien los poseedores de bienes, *l.* 5. §. *ult. de bon. poss. l.* 58. *de verb. sign. l.* 2. *d. tit. de bon. poss.* y tambien aquellos á quienes se ha restituidos la herencia en virtud de un fideicomiso, *l.* 45. *y l. sig.* §. 1. *l. antepen. ad Trebell. l.* 83. *de acq. hær.* Gomez. 1. *res.* 1. *num.* 19. Bajo el nombre de legatarios comprendemos tambien los fideicomisarios singulares y los donatarios por causa de muerte, *l. ult.* §. *un. C. de cad. toll.*

2. Este derecho tiene lugar en las herencias por necesidad, cuya necesidad nace de estos dos principios del derecho: 1.° *Nadie puede repudiar una parte de la herencia que le fué deferida una vez la haya admitido.*

2.° *Nadie puede de una misma herencia que no tiene otro heredero, admitir una parte y repudiar otra*, *l.* 1. *y l.* 2. *de acq. hær. l.* 20. *C. de jur. del. l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Asi que, ni el mismo testador puede prohibir este derecho en los herederos, segun demostramos mas arriba en el §. 15. *de hær. inst.*; mas si no lo hubiere prohibido, se introduce por interpretacion del derecho en virtud de su presunta voluntad y como por una sustitucion tácita, *l.* 61. §. 2. *de leg.* 1.

3. Asi pues, á aquel que fué heredero en alguna parte ya por testamento, ya ab intestato le acrecen las porciones de los que faltan, aun ignorándolo, y hasta contra su voluntad, *l.* 31. *y* 53. §. 1 *de acq. hær. l.* 9. *de suis et leg.* y le acrecen siempre con las cargas, es decir, con las deudas y legados, *d. l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Si fueren muchos los que hubieren aceptado sus partes, las de aquellos que falten acrecen á todos los que admitieron la suya, si todos ellos fueren unidos ó desunidos; mas si hubiere á la vez unidos y desunidos, la porcion del desunido que falta acrece á todos, y la del unido á solo los unidos, por la tácita voluntad del testador ó de la ley. Acrece, empero, á cada uno, no igualmente, sino á proporcion de la parte hereditaria, y en la distribucion si hubiere á la vez unidos y desunidos, aquellos se consideran como una sola persona, de suerte que entre todos ellos no adquieran mas de lo que adquiere cada uno de los unidos, *l.* 54. *in pr. de leg.* 1. *d. l. un.* §. 10. Y lo mismo sucede con los herederos lejítimos cuando unos son llamados copulativamente ó sea con una palabra colectiva, y otros distintamente; lo que tiene lugar cuando unos suceden en estirpes y otros por cabezas, como los hijos y los nietos, §. 6. *inf. de hær. quæ ab. int.*, los hermanos, y los hijos de estos, *Nov.* 118. §. 3.

4. Tiene lugar tambien el mismo derecho en los legados entre los colegatarios de una misma cosa; aunque produce efectos algun tanto diferentes; pues en los legados no se ha introducido por alguna necesidad ó disposicion del derecho, sino tan solo por la presunta voluntad del testador que ha legado una misma cosa á muchos; puesto que quiere que cada uno tenga una parte, y que se divida entre ellos el legado si concurren, pero en caso contrario quiere que tenga el todo con preferencia al heredero. Por lo tanto, puede prohibirse el derecho de acrecer entre los colegatarios de una misma cosa, y si se ha dejado una cosa singular á cada uno, faltando uno de los colegatarios su porcion no acrece á los otros, sino que queda en la herencia aumentando el derecho del heredero, á quien hubiera podido dejarse desde un principio, *l.* 84. §. *pen. de leg.* 1. Además, asi como la porcion del heredero que falta acrece al coheredero siempre aun no queriendo y con las cargas, asi por el contrario, el colegatario adquiere la parte del colegatario la mayor parte de las veces solo queriendo y sin las cargas. En esto, con todo, parece haberse hecho por Justiniano la distincion de que cuando se ha legado á dos la misma cosa copulativamente, la parte del que falta solo acrece al otro queriendo pero con carga; mas si se ha legado disyuntivamente, le acrece contra su voluntad, pero sin las cargas, *l. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* La razon de esto es porque deferiéndose al unido la porcion del que falta en consideracion á la persona de este último, puede dejar de admitirla, pues tambien pudo este no aceptarla; pero una vez admitida debe soportar todas las cargas que á la misma van anejas, *arg. l.* 117. *de reg. jur.* Entrambas cosas suceden al contrario en el desunido, porque este tiene el todo por su misma persona, y mas bien retiene lo suyo sin disminucion, que no consigue lo ageno, de suerte que á este mas bien parece que no le decrece que no que le acrece la porcion del que falta; pues de este modo disputa Justiniano en *d. l. un.* §. 11. *vers. sin vero:* véase la *l.* 4. *de leg.* Gomez 1. *res.* 10. *num.* 42.

5. Por derecho antiguo hubo en esta cuestion alguna diferencia entre las varias especies de legados; pues si se habia legado copulativamente una misma cosa por vindicacion acrecia la parte del que faltaba; mas si se habia legado por damnacion quedaba en poder del heredero. Despues de la ley Julia Papia, empero, en entrambos casos se hacia caduca. Si se habia legado disyuntivamente; á cada uno se le debia el todo; mas en el legado por vindicacion por el concurso hacian partes, y no concurriendo el uno, el otro colegatario adquiria el todo, ya por el derecho de acrecer, ya por el de no decrecer; pero en el legado de damnacion el uno conseguia del heredero la cosa y el otro la estimacion, de suerte que en esta especie de legado nunca tenia lugar el derecho de acrecer, segun Ulp. *tit.* 24. Cayo *lib.* 2. *tit.* 5. y en parte Justiniano *d. l. un.* §. 11. Aunque esta diferencia quedó por derecho nuevo derogada en union con las cosas caducas, y admitido por lo tanto el derecho de acrecer entre todos aquellos á quienes por cualquier especie de legado y de cualquier modo que esto sea, se ha dejado una misma cosa; con

todo debimos notarla, porque frecuentemente se encuentran vestijios de ella en las respuestas de los antiguos, las que no fueron acomodadas con bastante cuidado al derecho nuevo por los compiladores, siendo esto principalmente lo que hace tan perpleja esta cuestion. VINN. No se quitó enteramente por la ley Papia el derecho de acrecer segun pensó Meril. *Var. Cujac. lib.* 4. *cap.* 39; pues lo prohibió si despues de abierto el testamento quedaba vacante alguna porcion; pero lo admitió si el colegatario tenia hijos, y tambien en el usufructo y otros casos de los que habla Juan de la Cuesta §. *ult. de Sen. Orfit.* HEIN.

6. No teniendo, empero, el derecho de acrecer lugar sino entre los unidos (pues que tambien aquellos que llamamos desunidos, son unidos por razon de la cosa) ni teniéndolo tampoco antiguamente, de aqui nació la cuestion acerca de los unidos y de sus especies, cuestion que trata Paulo en la *l.* 142. *de verb. sig.* y en la *l.* 89. *de leg.* 3., por cuyos lugares sabemos que se llaman en general unidos todos aquellos que son llamados á una misma herencia ó cosa, ya en una misma cláusula, ya en diversas; y en el caso propuesto aquellos á quienes se ha legado la misma cosa. Con todo, solo son llamados asi estos, no otros; y por lo tanto no aquellos á quienes se han legado cosas diferentes aunque en una misma oracion, *l.* 84. §. *pen. de leg.* 1., ni aquellos á quienes se ha legado una misma cosa por diversos testadores, *l.* 16. *quib. mod. us. am.*, ni tampoco aquellos á quienes se han legado separadamente las partes de una misma cosa, *l.* 1. *fin. in deusuf. acer.* tendrán el derecho de conjuncion ó de acrecer. Con todo, aunque todos los conjuntos estén unidos en la cosa, sin embargo por la fórmula de las palabras, *d. l.* 142. y *d. l.* 89. se dividen en tres especies; de suerte que unos son llamados unidos en la cosa solamente, cuando cada uno de ellos es llamado separadamente ó sea en diversas oraciones á la misma herencia ó cosa como: *Ticio sea heredero: Seyo sea heredero. Doy, lego el fundo Tusculano á Ticio: Doy, lego el fundo Tusculano á Seyo.* Otros toman el nombre de unidos en la cosa y en las palabras, cuando son llamados á una misma cosa en una misma oracion como: *Ticio y Seyo sean herederos. Doy, lego el fundo Tusculano á Ticio y Seyo.* Otros por fin son llamados unidos por las palabras solamente cuando en una misma oracion son llamados á una misma sucesion ó cosa, añadiéndose estas palabras *por partes iguales*, por ejemplo: *Ticio y Seyo sean herederos por partes iguales. Doy, lego aquel fundo á Ticio y Seyo por partes iguales*

7. Esta division tiene por objeto primeramente el darnos á entender que en todas las especies de conjuncion tiene lugar el derecho de acrecer; pues este se encuentra en donde quiera que hay el derecho de conjuncion y al contrario, *l.* 16. *quib. mod. us. am.*; ni se trata de los conjuntos sino con el objeto de saber que solo entre ellos hay el derecho de acrecer y no entre otros, aunque hay algunos que excluyen á los unidos por las palabras, como dirémos despues. Sabemos tambien por esta division que no todos los conjuntos lo son igualmente, sino que unos son mas unidos que otros; esto es, aquellos que están unidos en una misma oracion son mas conjuntos que aquellos que lo están tan solo en la cosa y en diferentes oraciones; por lo que, comparados con aquellos estos últimos, se llaman frecuentemente desunidos, y unidos solo los primeros, *l.* 54. *in pr. de leg.* 1. *l.* 63. *de hær. inst. l. un.* §. 10. *y sig. C. de cad. toll.* y en Ulpiano y Cayo. El efecto principal de esta union mas estrecha es que los unidos de entrambos modos son preferidos en la porcion del que falta, excluyendo á los separados por la oracion, *d. l.* 89. *de leg.* 3. *d. l.* 63. *de hær. inst. d. l. un.* §. 10. *vers. sin vero.* Sin embargo, si el testador comprendiere á muchos en una sola oracion, no con el objeto de unirlos, sino como sucede muchas veces á causa de la brevedad, y constare esto, entonces si alguno de estos faltare, los demás no tendrán en la porcion del mismo mas derecho del que tienen los que claramente están separados por la oracion, *l.* 66. *de hær. inst.*

8. Todo, empero, lo que aqui acrece solo acrece á aquel que admitió su porcion, y si fueren muchos los que la hubieren admitido, á todos acrecerá por partes viriles é iguales, del mismo modo que en caso de concurrencia desde el principio se consideran dadas partes viriles é iguales, *d. l. un.* §. 11: *l.* 49. §. *ult. l.* 67. §. 1. *de leg.* 1. Si hubiere á la vez unidos y desunidos, aquellos se consideran en la division como una sola persona, de suerte que entre todos no reciban mas que cada uno de los desunidos, *l.* 54. *in pr. d. tit. l. un.* §. 10. Cada cual puede formarse fácilmente ejemplos sobre esto. En el derecho de acrecer en el usufructo hay algunas cosas singulares que hemos notado en el §. *ult. sup. de usuf.* Hemos explicado, pues, ya todo lo que en esta materia parece mas digno de saberse, y conocido lo cual, se entenderá toda esta materia, pudiendo decidirse la mayor parte de las cuestiones.

No obstante algunas cosas las explanarémos aun mas en lo sucesivo.

9. *Eadem res*). Debemos aqui explicar con mas látitud lo que antes dijimos de paso, á saber, que no tiene lugar el derecho de acrecer á no ser cuando hay muchos llamados á una misma cosa, ó segun aqui se dice, cuando una misma cosa ha sido legada á muchos; pero entre legatarios de diferentes cosas; ya se legue á cada uno separadamente, por ejemplo de este modo: *Doy, lego el siervo Estico á Ticio*: *doy, lego el siervo Pánfilo á Mevio*; ya copulativamente en una misma oracion como: *doy, lego á Ticio y á Mevio un siervo á cada uno*, *l.* 84. §. *pen. de leg.* 1. Y aun cuando se hayan legado las partes de una misma cosa de este modo: *doy, lego la mitad de aquel fundo á Mevio, y la otra mitad á Seyo*, no se entiende haberse legado una misma cosa, sino dos; esto es, una diferente á cada uno; y por lo tanto cesa el derecho de acrecer, de suerte que, faltando el uno, su porcion no acrece al colegatario, sino que pertenece al heredero, *l.* 11. *in fin. pr. de us. accr.*; pues no porque estas partes son indivisas y están confundidas dejan de ser menos distintas, perteneciendo al uno la una, y al otro la otra *l.* 5. *de stip. serv.* Ni obsta el que cuando hay dos herederos instituidos cada uno en la mitad, faltando el uno acrezca su porcion al otro que admitió la suya; pues que la naturaleza de la herencia no permite que aquel que es el solo heredero, tenga una parte de dicha herencia, y deje de tener otra, *l.* 1. *l.* 5. *de acq. hær. l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Nada impide, empero, que se legue á alguno la mitad de un fundo y que la otra mitad quede en poder del heredero. Malamente se objeta que á nadie está permitido aceptar una parte de la cosa que le ha sido legada y desechar la otra, *l.* 4. *de leg.* 1.; pues habiéndose en el caso propuesto legado a cada uno una parte del fundo, aquel que admite la suya acepta todo lo que se le ha legado; y solo obstaria la razon del derecho si de la porcion que se le ha legado quisiese admitir una parte y repudiar la otra. Aun mas, aun cuando se haya legado la misma cosa por entero y copulativamente, puede con todo, repudiarse la porcion del que falta, *d. l. un.* §. 11. Quede, pues, sentado que es necesario para que tenga lugar el derecho de acrecer que se haya legado una sola y misma cosa por entero á cada uno; pues esto es lo que Ulpiano, sacándolo de la sentencia de Celso, dice que el derecho de acrecer tiene lugar siempre y cuando por el concorso de dos que tuvieron el todo se ha dividido la cosa, *l.* 5. *in pr. de usufr. accr.*

Sive conjunctim sive disjunctim). Dícese que se lega copulativamente cuando en una sola oracion se lega una misma cosa á muchos; y disyuntiva ó separadamente cuando en diversas oraciones son varios llamados á una misma cosa; de suerte que en este último caso hay muchas proposiciones, y solo una en el primero, *d. l. un.* §. 10. *y sig. l.* 1. §. 3. *de usuf. accr. l.* 33. *de leg.* 1., y de ahi es que unos se llaman unidos y otros desunidos. Con todo, esta conjuncion y separacion mas bien son tales por consideracion á las palabras que á la cosa; pues que por razon de esta última son unidos todos aquellos á quienes se ha legado una misma cosa, aunque se haya hecho esto disyuntivamente; siendo estos los que se llaman unidos en la cosa *in especie*, *l.* 142. *de verb. sing. l.* 89. *de leg.* 3.; lo que ya hemos notado arriba y observado además algunas diferencias entre estas especies cuando se trata de las cargas de la parte que acrece, de la preferencia y de la division de las partes cuando hay conjuntos de varias especies.

10. *Scinditur inter eos legatum*). En otras partes se expresa esto de esta suerte: *concursu partes faciunt, ó concursu partes habent*, *l.* 3. *de usuf. accr. l.* 34. §. 10. *de leg.* 1. *l.* 80. *de leg.* 3. *l.* 7. *C. de leg.* Y esta es una prueba evidentísima de que en entrambas especies de este legado, es decir, ya se haya legado á dos una misma cosa copulativa, ya disyuntivamente no se consideran hechas las partes desde un principio, sino que se ha dejado el todo á cada uno. Cuando decimos esto, empero, no queremos dar á entender que cada uno tenga simplemente el todo, ó que cada uno pueda pedirlo sin aguardar el caso en que falte el otro; ni tampoco que el uno consiga la cosa y el otro la estimacion, segun sucedia antiguamente en el legado hecho por damnacion entre los desunidos; pues esto no tiene lugar á no ser que del testamento aparezca clarísimamente que el testador quiso que cada uno tuviese el todo, *l. un.* §. 11. *C. de cad. toll. l.* 33. *d. leg.* 1.; sino tan solo decimos que tiene el todo, teniendo en consideracion el caso en que falte el otro, y esto por la voluntad del testador; pues es muy presumible que este tuvo en consideracion semejante evento; y que por esta causa les unió en la cosa ó bien legó la misma á varios, para que faltando el uno la tuviese el otro por entero; cuando de lo contrario la parte del que faltaria iria al heredero. Bajo otro aspecto, empero, es decir, teniendo en consideracion el caso en que entrambos concurren, se dice muy bien que,

tienen una parte, y que tambien en este caso la tienen por la voluntad del testador, la cual es aqui manifiesta; puesto que, concurriendo entrambos, lo que esperó el testador que sucederia, no puede cada uno de ellos tener el todo. Mas aun que bajo diversos respectos se dice que cada uno tiene el todo y una parte, no obstante se dice frecuentemente que tiene el todo para diferenciarlos de aquellos que siempre y de todos modos tienen solo una parte sin que por el concurso dividan la cosa, como son aquellos á quienes desde un principio solo se ha señalado una parte.

11. Sin embargo, lo que decimos, de que asi los unidos como los desunidos tienen el todo desde el principio, no está exento de dificultades; pues Ulpiano en *d. l.* 34 §. 9. *de leg.* 1. escribe expresamente que si se lega copulativamente una misma cosa á dos, se hacen partes desde un principio; y que no solo hacen parte aquellos en cuya persona subsiste el legado, sino tambien aquellos en quienes no subsiste. Aquellos que no entienden que cosa sea hacer partes desde un principio creen que no obsta en nada este lugar. Esto, empero, no es nada obscuro. Gotofredo en sus notas á *d.* §. 9. dice que *hacer parte no es cuando las personas reciben su parte en la division, sino cuando la porcion del que falta ó es incapaz acrece al unido*; lo que es contra el manifiesto sentido de *d.* §. y el perpétuo uso de los autores del derecho, para quienes hacer parte es hacer de suerte que, aquel que tendria el todo de una cosa, si fuere solo, tenga tan solo una parte, ó bien impedir que pertenezca el todo al otro, *l.* 8. §. 8. *l.* 77. *de inoff. test. l.* 7. *de reb. dub. l.* 84. *l.* 8. *de leg.* 1. Asi pues, manifiestamente se equivoca tambien Goveano, quien en el *lib. de jur. accr. n.* 6. *y* 7. dice que aquellos, que hacen partes desde un principio, no tienen partes. Para que, empero, no tenga lugar el derecho de acrecer es necesario que los legatarios tengan partes desde un principio. Se dice segun él que hacen partes desde un principio, no porque cada uno vindique tan solo una parte del legado, sino porque, vindicándolo entrambos por entero, se divide la cosa entre ellos. Tantos errores y tan claros como casi palabras dijo; pues en primer lugar aquellos, que no tienen partes desde un principio, no puede decirse que desde el mismo las hagan, sino tan solo por el concurso, lo que es muy distinto. Por otra parte, qué otra cosa es hacer partes desde un principio que el tenerlas desde él? A la verdad, con entrambas cosas se significa que ninguno de los dos en este caso puede tener el todo de la cosa, ó lo que es lo mismo que no tiene lugar el derecho de acrecer; y aunque aquel de quien se dice que hace parte no concurra ni pueda concurrir, es certísimo con todo que se considera lo mismo que si hubiese concurrido y hubiese llevado su parte. Goveano confunde y considera lo mismo hacer partes desde un principio, y hacerlas despues por el concurso; lo que en un varon tan esclarecido apenas puede tolerarse. Finalmente, tambien es falso que en caso de concurrir; ó en el en que pueda esto aun verificarse, vindique el todo cada uno de los unidos, ó uno de ellos; pues no es licito vindicar nada mas que lo que ha sido deferido, y en el caso en que entrambos concurran no se considera haberse dejado á cada uno el todo, sino tan solo una parte segun con muchas razones confirma *Ant. Fabro. dec.* 49. *err.* 9. Por esta razon me admiro que Swanemburgio creyese tan notable este pasage de Goveano, que le copiase literalmente de este autor en el *cap.* 8. *tract. de jur. accr.*

12. Qué responderémos, pues, á dicho lugar de Ulpiano en la *l.* 34. §. 9. *de leg.* 1. en donde el jurisconsulto dice tan claramente que los unidos *hacen parte desde un principio?* Ant. Fabro restringe lo que el jurisconsulto dice en general de los unidos á los conjuntos por las palabras solamente, los cuales si hemos de dar crédito á Fabroto, en esta materia no se consideran por unidos; pero malamente, á mi modo de entender. Mucho mejor se refiere aquel lugar á los legados por damnacion, ó mas bien á la ley Julia Papia; y al derecho de las cosas caducas, de suerte que digamos que en él se trata de aquellos que murieron antes que el testador ó antes de la apertura del testamento; pues lo que á estos se habia señalado se hacia caduco, de modo que estos legatarios hacian partes en favor del fisco, cuando de otro modo hubieran estas permanecido en la herencia ó acrecido al unido; pues segun la ley Julia Papia nada acrecia á los unidos sino en caso que despues de haber cedido el dia del legado (y esto no sucedia hasta despues de la apertura del testamento) hubiese muerto el legatario, ó no hubiese existido al tiempo de hacerse el testamento, pues entonces se consideraba por no escrito aquel á quien se habia dejado, *l. un.* §. 1. *C. de cad. toll.* A lo mismo debe referirse y del mismo modo debe explicarse lo que se lee en la *l.* 84. § 8. *de leg.* 1. Sin embargo, sin dificultad ninguna concedo que á los desunidos se les señale el todo desde un principio mas clara y expresamente que á los unidos; pues que á

estos por la misma conjuncion parece señalárseles partes, lo que tuvo en consideracion Justiniano en *d. l. un.* §. 11.; empero, ni á los mismos desunidos puede decirse absolutamente que se les haya señalado el todo; de otra suerte no se dividiria entre ellos en caso de concurrir todos, sino que el uno conseguiria la cosa y el otro la estimacion.

13. *Si alter deficiat*). No puede decirse que falte aquel en cuya persona nunca subsistió el legado; por ejemplo, si se ha dejado alguna cosa á uno que al tiempo de hacerse el testamento no existia á causa de haber muerto ignorándolo el testador, ó á aquel que no tiene la testamentifaccion ó sea á un incapaz, como á un deportado ó extrangero. Podrá, pues, aquel que al tiempo de hacerse el testamento era muerto ó incapaz, hacer parte al otro, ó todo el legado pertenecerá á este? Por lo que hace á aquol que al tiempo de hacerse el testamento no existia, ni antiguamente hacia parte segun el mismo justiniano, *d. l. un.* §. 3. *C. de cad toll.* Aquello que se habia dejado en union con otro á un incapaz, se consideraba lo mismo que se hubiese dejado todo al unido, por que lo mismo esto, que aquello se reputaba por no escrito, *arg. l.* 4. *C. de hær. inst.*; lo que sin embargo solo sucedia cuando el otro era absoluta y enteramente incapaz segun lo prueban las palabras de *d. l.* 34. §. 9. *de leg.* 1., en donde dice el jurisconsulto que tambien el siervo propio á quien se ha legado algo sin la libertad, aunque dicho legado no subsiste en la persona del siervo hace parte con el unido, dando á entender, segun hace poco lo interpretamos, que la parte del mismo se hace por la ley Julia Papia caduca en favor del fisco.

Aut spreverit legatum). Despues de dada la ley Julia Papia si se legaba una misma cosa á dos, hasta la parte de aquel que repudiaba el legado se hacia caduca segun se deduce del lugar de Ulpiano *in fragm. tit.* 24. §. 12. *y sig.*, en donde escribe que la parte del unido que no concurria, la que por derecho civil acrecia al otro en el legado de vindicacion, y en el de damnacion quedaba en la herencia, se hacia caduca por la ley Papia; mas actualmente es cierto que en entrambos casos acrece, siendo además de igual condicion los unidos y los desunidos.

Vivo testadore decesserit vel alio quoque modo). La ley Papia pertenecia tambien á la parte de aquel unido que moria durante la vida del testador ó que faltaba de otro cualquier modo, por ejemplo, por ser condenado á las minas, ó por ser deportado, segun se manifiesta por dicho lugar de Ulpiano; y lo que se habia dejado á semejantes personas se decia que se hacia caduco, *d. l. un.* §. 2. *C. de cad. toll.*; mas hoy dia acrece á los unidos en la misma cosa sin hacerse distincion entre las varias especies de legados, ni en el modo de legar, *d. l. un.* §. 4., 10. *y sig.*

14. Mas qué sucederá si hubiero un colegatario despues del testador? Yo pienso que en este caso nada acrece al unido ni por la ley Julia Papia, ni por el nuevo derecho de Justiniano. En efecto, ó murió antes de abrirse el testamento en cuyo caso su parte se hace caduca por la ley, ó despues de abierto, y entonces ha cedido ya el dia del legado, no haciéndose caduca la parte que se le ha señalado, pues que desde aquel tiempo empezó ya á deberse. Sin embargo, no acrece tampoco al colegatario, sino que se transmite al heredero del muerto que es el efecto que produce la cesion del dia en los legados y fideicomisos, *l.* 5. *quand. dies leg. ced.* Mas por la constitucion de Justiniano por la que se dispuso que el dia de los legados cediese desde la muerte del testador, (a) se hizo que actualmente se observe lo mismo aun respecto de la parte del que falta antes de la abertura del testamento, la cual por lo tanto no se hace caduca ni acrece al colegatario, sino que se trasmite al heredero; de la misma manera que si fuese uno solo se le transmitiria el todo por *d. l. un.* §. 5. No inútilmente, pues, dice *durante la vida del testador*.

Totum ad collegatarium pertinet). Si hay muchos colegatarios, con tal que todos sean ó unidos, ó desunidos, la parte del que falta acrece á todos igualmente; pero si hubiere á la vez unidos y desunidos, aquellos son preferidos en la parte de los unidos; y la de los desunidos acrece á todos, de modo, empero, que en la division todos los unidos se consideren una sola persona, *d. l.* 34 *in pr. de leg.* 1 *l.* 89. *de leg.* 3. *d. l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Aquello, empero, que acrece á los unidos les acrece con carga, y sin ella lo que á los desunidos, *d. l. un.* §. 11. *al fin*; sobre lo que hemos ya hablado mas arriba.

15. *Titio et Sejo hominem Stichum do lego*). El valerse Justiniano para manifestar aquellos á quienes se lega una misma cosa juntamante, tan solo del ejemplo de los unidos en la cosa y en las palabras, es una razon entre otras que induce á muchos á negar que entre los unidos solamente por las palabras tenga lugar el derecho de acrecer. En este número se cuenta á Goveano *n.* 29., á Hotomano 6.

(a) C. 34. tit. 9. P. 6. vers. E aun y sig.

obs. 12. y á Ant. Fabro 6. *conj.* 1. *y dec.* 49. *err.* 4. Pero á la verdad, semejante argumento es de muy poco peso para probar esto; pues prescindiendo de aquello tan sabido de que nadie se sirve de ejemplos para restringir una regla, no hay en este lugar oposicion ninguna entre los unidos; sino entre los desunidos, esto es, aquellos á quienes se ha legado una misma cosa en una sola oracion, y los desunidos á quienes se lega algo en oraciones diversas; de suerte que aunque en el ejemplo propuesto Ticio y Seyo sean unidos en la cosa y en las palabras, con todo no se consideran aqui como tales, sino simplemente como unidos; y por lo tanto este lugar favorece mas bien la opinion contraria que concede tambien el derecho de acrecer á los unidos por solo la conjuncion verbal. Pero indaguemos cual de las opiniones es mas cierta. Debe tenerse por confesado y debe recordarse que no hay conjuntos ningunos que tengan el derecho de acrecer sino los unidos en la cosa, ó sea aquellos á quienes se ha dejado la misma cosa. Por consiguiente, aquellos á quienes se han dejado cosas diversas, aunque esto se haya hecho en una misma proposicion, se consideran aqui por desunidos, por ejemplo, si el testador hubiere dicho: *doy, lego á Ticio y Mevio un siervo á cada uno;* aun cuando estén unidos en las palabras, *l.* 84. §. *pen. de leg.* 1. Ni tampoco se entiende haber conjuncion ninguna, ni aun de la cosa, cuando se ha dejado á un legatario diversas partes de una misma cosa; de suerte que tambien en este caso haya el derecho de acrecer, *l.* 1. *in fin. pr. l. pen. de usu. accr.* Ahora podemos ya decidir la cuestion propuesta, pues si aquellos á quienes en la division de las varias especies de conjuntos se les da el nombre de unidos tan solo en la cosa, no están unidos en ella, segun la regla anterior no tendrán los mismos el derecho de acrecer; y por el contrario lo tendrán si están tambien unidos en la cosa, como en este ejemplo: *doy, lego á Ticio y á Seyo el fundo Tusculano por iguales partes.* Aqui es sabido que Ticio y Seyo son llamados conjuntos, y lo son efectivamente; pero esta conjuncion de las palabras no producirá entre ellos el derecho de acrecer si no están unidos tambien en la cosa.

16. Que no están unidos en la cosa, desde luego parece probarlo el mismo nombre que se les da; pues se les llama unidos tan solo en las palabras, *l.* 142. *de verb. sing.*, y tambien unidos en las palabras, mas no en la cosa *l.* 89. *de leg.* 3. Lo mismo parece probar las partes á cada uno señaladas; pues aunque dichas partes son indivisas, no por ello dejan de ser diferentes, de suerte que no puede decirse que estén unidos en la cosa, ó que á cada uno se haya dejado la misma. Finalmente, no hay verdadera conjuncion sino entre aquellos que tienen el todo por la voluntad del testador; mas los unidos por las palabras no tienen el todo, sino una parte, y esta señalada por el testador, de modo que se dice que hacen partes desde un principio, *l.* 34. §. 9. *de leg.* 1. y que siempre tienen partes, *l.* 89. *de leg.* 3. Esto no obstante, pienso ser mas cierto, que aquellos á quienes damos aqui el nombre de unidos en las palabras, son tambien unidos en la cosa, pues aquel que lega de este modo: *doy, lego á Ticio y á Seyo el fundo Tusculano por iguales partes*, une á la verdad á entrambos en la misma cosa al legar á los dos un mismo fundo. Ni altera esta conjuncion la expresion de las partes iguales; pues aun cuando estas no se expresen, se dan á entender tácitamente por la enumeracion de las personas, *l.* 56. *de cond. et dem.* Aquello, empero, que si no se expresa se sobreentiende, en caso de expresarse se tiene por supérfluo, *l.* 69. *de hær. inst.*, de suerte que es absolutamente verdadero lo que Baron dice que los unidos en las palabras no se diferencian de los unidos en las palabras y en la cosa, sino en que á aquellos se les expresan las partes iguales y á estos no; pero que por la voluntad del difunto se consideran de la misma condicion, *arg. l.* 16. *in fin. de leg.* 1. Pero por qué razon, pues, se les llama unidos en las palabras, y unidos en las palabras mas no en la cosa? No porque verdaderamente estén unidos tan solo en las palabras y desunidos en la cosa; sino porque parecen tales en comparacion á los unidos en las palabras y en la cosa, si se atiende á la fórmula de las palabras, que es lo solo que distingue estas especies, y porque el señalamiento de partes iguales que tiene lugar en los unidos tan solo en las palabras, parece hacer de una cosa dos diversas; lo que con todo no es asi si se atiende á la misma cosa y á la intencion del testador, por cuya voluntad, siendo llamados igualmente á la misma cosa, deben igualmente ser todos considerados como unidos en la cosa y en las palabras. De esto se sigue tambien que si los unidos en la cosa y en las palabras tienen desde un principipio el todo por la voluntad del testador, se entenderá tambien del mismo modo que lo tienen los unidos por las palabras solamente; la verdad de lo cual la prueba la *ley* 80. *de leg.* 3. en donde Celso dice que legar conjuntamente es *dar todo el legado á cada uno, y hacerse las partes por el concurso.* Cuya regla, siendo general, no

nos permite dudar de que pertenece tambien á los unidos solamente por las palabras, y el haber el testador hecho en semejante conjuncion expresa mencion de las partes, se ha interpretado por los jurisconsultos no como que haya querido que los dos, por ejemplo, unidos de este modo tuviesen cada uno las partes que les ha señalado simplemente y á todo evento; sino porque sabiendo que si concurrian entrambos, segun esperó, no podia cada uno tener el todo, quiso con estas palabras dar á entender que parte tendria cada uno en este caso. Pero si faltare uno, la voluntad del testador se ha interpretado tambien en la conjuncion verbal como que en este caso haya querido que el uno de ellos tenga el todo, siendo esta la causa de haberles llamado á una misma cosa; á saber, porque quiere mas bien que tenga aquella cosa uno de ellos que no el heredero. Pero se dirá, los unidos en las palabras siempre se dice que tienen partes, *d. l.* 89; luego las tienen en todos casos, desde el principio y por un hecho posterior. A esto se responde que tambien se dice esto por comparacion á los unidos en la cosa y en las palabras; pues el Jurisconsulto en aquel lugar para mayor claridad distingue los unidos tan solo en las palabras de los unidos en la cosa y en las palabras juntamente, fundándose para ello no en la misma esencia de la cosa, sino en lo que parece, á causa de que los unidos en las palabras solamente tienen las partes por la fórmula exterior de las palabras; mas los unidos en estas y en la cosa no las tienen. Ni estas dos especies pueden distinguirse de otro modo. Lo que, empero, leemos en Ulpiano de que si se lega una misma cosa copulativamente se hacen partes *desde el principio*, *d. l.* 34. §. 9. *de leg.* 1., se refiere lo mismo á los unidos en la cosa, que á los unidos en las palabras solamente; y por lo tanto este lugar ó bien ha de referirse al legado de damnacion, ó bien á la ley Julia Papia y al derecho caducario, como tambien la *l.* 84. §. 8. *eod.* En la *l.* 7. *de leg.* 2. el jurisconsulto habla claramente del legado de damnacion, y al mismo ha de referirse tambien el principio de la *l.* 16. *de leg.* 1. segun prueba el §. *ult.* de la misma ley. Debemos, pues, concluir que tambien entre los unidos tan solo en las palabras tiene lugar el derecho de acrecer; puesto que este se admite siempre que se ha legado una misma cosa á dos por entero, de suerte que hagan partes por el concurso, ya las tengan por la voluntad expresa del testador, ya por la tácita, *l.* 4. *de usufr. accr.* Y esta es la comun opinion que siguen tambien Duareno, *lib.* 1. *de jur. accr. c.* 10. y Donelo 7. *com.* 13. y 8. *comm.* 21.

17. Confírmase en primer lugar esta opinion por el texto expreso de la 16. §. *ult. de leg.* 1., en donde se dice, que en caso de no concurrir el otro, no solo vindica el todo aquel que está unido en la cosa y en las palabras, sino tambien aquel á quien se ha dado una porcion viril, esto es, el unido en las palabras solamente, *arg. d. l.* 142. Además, se confirma tambien por lo que se dice, que aquel que está unido tan solo en las palabras es preferido en el derecho de acrecer á aquel que solo está unido en la cosa, *d. l.* 89. *de leg.* 3., puesto que el derecho de prelacion presupone necesariamente el de acrecer y la conjuncion real; siendo muy ageno de este lugar lo que Ant. Fabro. *dec.* 86. *err.* 89. responde que aunque los unidos tan solo en las palabras estén realmente desunidos en la cosa, con todo, accidentalmente y por un hecho posterior se hacen tambien conjuntos en la cosa, á saber, concurriendo algun tercero que esté unido á ellos por la cosa; puesto que la conjuncion no es producida por el concurso, sino por la disposicion del testador que llama á muchos á una misma cosa, de suerte que sea necesario que aquellos, que queremos que sean preferidos en la parte del que falta, sean considerados unidos desde el principio por la voluntad del testador. En nada favorece la opinion de Fabro lo que Javoleno responde de que en el caso de que el testador haya dejado la mitad del fundo á Mevio, la mitad á Seyo y el mismo fundo á Ticio, si falta Seyo, la parte de este acrece proporcionalmente no solo á Mevio, sino tambien á Ticio, *l.* 41. *in pr. de leg.* 2.; pues que Mevio y Seyo no están en este caso unidos por las palabras, sino tan solo por la cosa, estando en aquellas separados, la que manifiesta expresamente el mismo jurisconsulto al decir que se han dejado las partes y el todo del fundo. De esto aparece que el jurisconsulto interpretó en este legado la voluntad del testador, como que hubiese unido á Mevio y Seyo en la una mitad, y con ellos á Ticio en la otra mitad; puesto que aquel á quien se ha legado todo el fundo se considera habérsele legado la misma mitad, por cuanto en el todo vienen comprendidas entrambas mitades; á la manera que decimos que están unidos en el usufructo aquellos de los cuales al uno se ha legado el fundo y al otro el usufructo del mismo, *l.* 19. *de usufr. leg.*, lo que explica con mas extension Donelo *in epist. ad. Alb. Gent.* que se halla inserta en las obras póstumas del mismo autor. Finalmente, siendo el único efecto que en este

tratado produce la conjuncion el derecho de acrecer, por qué razon si los unidos tan solo en las palabras no lo tienen, les llamamos á pesar de esto unidos y no desunidos? No obsta á la comun opinion lo que Celso en la *l.* 20. *de leg.* 2. responde, que si uno de los dueños no admite lo que se ha legado á un siervo comun, su parte no acrece al otro; pues no hay conjuncion ninguna en semejante legado, segun prueban las palabras del mismo texto, y la razon es porque las partes domínicas siempre se consideran desiguales, siendo fortuito que sean iguales. Es sabido, empero, que no hay conjuncion sino entre aquellos que el testador unió igualmente en la misma cosa. Mas parece obstar la *l. pen. de usufr. accr.*, en donde Papiniano dice claramente que se consideran separados en la cosa aquellos á quienes se ha dejado la misma por iguales porciones. Es verdad que habla la misma del usufructo legado por iguales porciones, pero con mayoría de razon debe observarse lo mismo cuando en un caso semejante se ha legado la propiedad; puesto que esta acrece mas difícilmente que el usufructo, *l.* 1. §. 3. *d. tit.* Sin embargo, paréceme que responde muy bien Donelo, que lo que en *d. l. pen.* se dice de las porciones iguales no debe entenderse de las porciones de la cosa cuyo usufructo se ha dejado, sino de las de cada uno de los herederos á quienes se ha dejado; cuya interpretacion al principio de *de l. pen.* confirma plenamente la razon dada por Ulpiano en el fragmento siguiente con estas palabras, *cuando un heredero vindique del otro el usufructo.* Con razon, empero, niega Papiniano que en semejante caso los legatarios estén unidos en la misma cosa, por cuanto ya están de antemano hechas las partes hereditarias. Bacovio entiende *d. l. pen.* del caso en que se ha dejado separadamente y en diversas proposiciones la mitad de la cosa á cada uno; pero esto de ningun modo conviene con las palabras de Papiniano. En la herencia no tiene lugar esta cuestion; puesto que en ella segun ya advertimos al principio, el derecho de acrecer nace de la disposicion del derecho; el que no permite que nadie admita una parte y repudie otra de una herencia que no tiene otro heredero; y por lo tanto la porcion admitida atrae necesariamente á sí á la otra. No obstante, tambien puede en las herencias preguntarse cual de los unidos de diversas especies debe ser preferido al otro. Las demás cuestiones puede cada cual resolverlas por sí fácilmente, pudiendo aquel que deseare mas ver á los DD. en *d. l.* 89. Gomez, 1. *res.* 10.

18. En los legados de alimentos, para decir esto de paso, no tiene lugar el derecho de acrecer, *l.* 57. §. *ult. de usuf. l.* 16. §. 2. *de alim. leg.*; pues que del mismo modo que en los campos limitados cesa el derecho de aluvion, *l.* 16. *de acq. rer. dom.*, el que se compara con el derecho de acrecer, *l.* 53. *in fin de usufr.*, asi tambien se quiso que cesase el derecho de acrecer en el usufructo limitado, segun advierte muy bien Cuyacio.

« El derecho de acrecer tenia lugar en las « herencias segun las leyes de Partida, las « que no hacian distincion entre los que son « llamados á una misma en una sola cláu« sula, y los que lo son en cláusulas dife« rentes, *l.* 35, *tit.* 9. *P.* 6. Pero desde que « por las leyes recopiladas puede morirse « parte testado, y parte intestado, el referido « derecho no tiene lugar en las herencias por « necesidad, sino cuando asi lo exige la vo« luntad del testador. »

TEXTO.

Si legatarius proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, et ususfructus ad eum pervenerit.

9. Si cui fundus alienus legatus sit, et emerit proprietatem deducto usufructu, et ususfructus ad eum prevenerit, et postea ex testamento agat, rectè eum agere et fundum petere, Julianus ait; quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet; sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.

TRADUCCION.

Si el legatario hubiere comprado la propiedad del fundo que le ha sido legado, y hubiere adquirido el usufructo.

Si se ha legado á alguno un fundo ageno, y hubiere comprado la propiedad del mismo deducido el usufructo, y hubiere adquirido este último lucrativamente y despues obrare en virtud del testamento, dice Juliano que puede obrar y pedir el fundo, porque el usufructo se reputa como servidumbre; pero viene comprendido en el oficio del juez que deducido el usufructo, mande prestar la estimacion

NOTAS.

9. *Quia usufr. servitutis locum*). Podria objetarse que en la palabra fundo viene comprendida la propiedad plena, *l.* 10. *l.* 19. *de usuf. leg. l.* 58. *de verb. obl.*; mas á esto se responde, que con dicha palabra solo se significa la nuda propiedad, separándose intelectualmente del fundo el usufructo, y considerándose como una servidumbre, porque

la propiedad que se tiene por una causa onerosa, se considera lo mismo que no se tuviera, *d. l.* 82. §. 2. Asi pues, tenemos aqui un caso en que se condena al reo en la estimacion de la cosa pedida; lo que algunas veces es necesario ó humano.

COMENTARIO.

1. *El caso que aqui se propone pertenece á la doctrina establecida en el* §. 6. de este tit.
2. *Cuál sea el sentido de este lugar, y con qué razones se defiende?*
3. *Nótase el error de los intérpretes en la explicacion de este lugar.*
4. *Refútase la opinion de Antonio Fabro.*
5. *No es una cosa nueva que algunas veces se condene al reo en la estimacion de la cosa pedida.*

1. Este lugar, segun se deduce por el argumento, deberia haberse puesto mas bien despues del §. 6., en el que se ha dicho, que si el legatario ha adquirido por otra causa la cosa agena, que le ha sido legada, debia distinguirse si dicha causa era onerosa, ó lucrativa; no extinguiéndose en aquel caso el legado, y pudiendo el legatario conseguir la estimacion por la accion del testamento; y por el contrario, anulándose enteramente en este, en atencion á que no pueden concurrir dos causas lucrativas sobre una misma cosa y en una misma persona. Lo que, empero, se ha dicho aqui respecto del todo, se observa tambien respecto de las partes, de suerte que, si uno ha conseguido de la cosa que la ha sido legada una parte por título oneroso, y otra por título lucrativo, el legado se extinga respecto de aquella porcion que ha conseguido por título lucrativo, y subsista respecto de la otra, pudiendo pedir la estimacion de esta última, *l.* 82. §. 3. *de leg.* 1. De ahi es tambien, que si uno ha comprado la nuda propiedad de un fundo que le ha sido legado, y despues ha adquirido el usufructo á causa, por ejemplo, de haber muerto el usufructuario ó de haber sido capite minuido, y por lo tanto por una causa lucrativa, se ha de considerar lo mismo que si hubiese adquirido una parte de la cosa por causa lucrativa, y otra por causa onerosa pues aunque el usufructo no es una parte de la cosa sino un derecho; con todo, como que contiene todo el emolumento de la misma, con razon se reputa que hace las veces de una parte de ella; *l.* 66. §. *pen. l.* 76. §. 2. *de leg.* 2. *l.* 58. *de verb. obl.* Sin embargo, en este caso puede pedirse el fundo, sin que en esta peticion se entienda comprenderse mas de lo debido, segun dice aqui Justiniano, insiguiendo á Juliano en *d. l.* 82. §. 2. *de leg.* 1.

2. *Recte eum agere et fundum petere*). Recté, esto es, *impunemente, sin temor de perder la cosa*, que es la pena de aquellos que piden mas de lo que les es debido, §. 33. *inf. de act.* Asi pues, el sentido de estas palabras es que puede el legatario en virtud del testamento reclamar del heredero simplemente el fundo, aunque tan solo haya comprado la nuda propiedad, y haya adquirido gratuitamente el usufructo; pues que en semejante reclamacion no debe considerarse que comprende nada mas que aquello que se le debe. Digo el mismo fundo no διατίμησιν, es decir, la estimacion, segun malamente dicen Teófilo y Pacio, como lo prueba lo que se sigue.

Quia usufructus in petitione servitutis locum obtinet). Podria objetarse que en el caso propuesto obra malamente el legatario, y que claramente y en realidad pide mas de lo que se le debe, si pide simplemente el fundo; puesto que con este se significa la propiedad plena, *l.* 10. *l.* 19. *de usuf. leg. l.* 58. *de verb. obl.*; y que por consiguiente dicha demanda comprende tanto mas de lo debido, cuanto es el exceso del valor de la plena propiedad sobre el de la nuda, por sola la cual satisfizo el precio. Previniendo Justiniano esta objecion dice que en la demanda propuesta, el usufructo se reputa servidumbre. Lo que está dicho con alguna oscuridad; y tiene el sentido de que aquel que reclama el fundo, aunque regularmente se considera que reclama la propiedad plena, con todo, en el presente caso la palabra fundo debe entenderse de suerte que con ella solo se entiende la propiedad nuda, ó sea el fundo en cuanto el demandante está privado del emolumento, de modo que se separa intelectualmente del mismo el usufructo, y por esto debe ser considerado en esta demanda como servidumbre, y no reputarse por pedido; puesto que tambien en otros casos, cuando el usufructo está separado, es sabido que con la palabra fundo se significa la nuda propiedad; *l.* 25. *de verb. sign.* Siendo necesaria esta interpretacion al demandante para que de otra suerte no pierda la accion debe absolutamente admitirse aqui; porque cuando la intencion es ambigua, siempre debemos presumir aquello que es útil al demandante, *l.* 66. *de jud.*

3. No ignoro que otros explican este lugar de muy diferente manera; pues ordinariamente piensan los demás intérpretes de que lo que Justiniano dice aqui, que el legatario obra bien y puede pedir el fundo, tiene el sentido de que el legatario pide el fundo bien, es decir, conforme á la extricta razon del

derecho, y por consiguiente sin peligro de perder la accion, de modo que en su peticion comprenda la propiedad y el usufructo, ó que pueda en virtud del mismo derecho pedir la estimacion de todo el fundo; y lo que en seguida da Justiniano por razon de que el usufructo en semejante peticion hace las veces de servidumbre, lo entienden como si hubiese dicho que el usufructo no se deduce en la demanda como una parte de la cosa, sino como un derecho. En cuanto á mí, empero, confieso que no sé comprender esto; puesto que no entiendo con qué razones puede defenderse que en el caso propuesto obra el legatario conforme á la razon del derecho de este modo: *Digo que debes darme el fundo de Sempronio que me ha sido legado por Ticio*; de suerte que la intencion de semejente fórmula sea esta: *Digo que debes darme la propiedad y usufructo del fundo, ó bien toda la estimacion del mismo*; ya se considere en dicha demanda el usufructo consolidado y unido á la propiedad, ya separado de ella y como servidumbre. Efectivamente, tomado del primer modo, es manifiesto, que en la demanda viene comprendido lo que ya tiene el actor por una causa lucrativa, y por lo tanto obsta la regla del derecho que prohibe que concurran dos causas lucrativas en una misma persona y sobre una misma cosa; tomado del segundo diré aun que se pide por el actor aquello mismo que ya tiene lucrativamente, aunque por otra razon; ó si se niega esto, deberá confesarse que se pide lo que no se ha legado. Por el contrario, yo niego que nunca aquel que pide el fundo pueda entenderse que pide el usufructo por derecho de servidumbre; pues de todo aquel que pide un fundo debe considerarse que pide ó la propiedad sólida, *l.* 5. *in pr. si us. pet.* ó la nuda, *l.* 25. *de verb. sign.* Finalmente, que en el caso propuesto no puede pedirse todo el fundo ó toda su estimacion, lo prueba á mi parecer bastante claramente lo que Marcelo nota en Juliano en *d. l.* 82. §. 3. *de leg.* 1.; pues dice que si del fundo que me ha sido legado comprare una parte, y adquiriere otra por donacion ó legado, sucederá lo mismo que en el ejemplo propuesto por Juliano, y que por consiguiente solo debo pedir una parte. Con cuyas palabras da claramente á entender que ni en el prededente caso propuesto por Juliano puede pedirse el todo; de otra suerte, el ejemplo que Marcelo propone como semejante al de Juliano seria á la verdad muy diferente.

4. Antonio Fabro 6. *conj.* ni tan solo quiere conceder que en el caso propuesto pueda pedirse simplemente el fundo de modo que se considere pedida la nuda propiedad; porque dice que ni en Juliano, ni en otra parte ninguna se dispone esto; y que lo que es ya mio no puede hacerse tal. Pero segun hemos manifestado mas arriba en el §. 6. lo que el acreedor adquirió por una causa onerosa, por la interpretacion se considera lo mismo que si no lo hubiese adquirido á causa del precio que le falta, *l.* 14. *de verb. sign.* Refuta á Fabro la *l.* 19. *de obl. et act.* en donde Juliano escribe que á aquel que tiene la cosa en virtud de una causa que no es lucrativa, no se le prohibe pedirla en virtud de otra causa que lo sea, como tambien el lugar de Marcelo poco há citado. En efecto, si puedo conseguir una parte del fundo que he conseguido por título oneroso, ¿por qué se me ha de prohibir que pida la propiedad que tengo tambien del mismo modo? Lo demás que en el mismo lugar aduce Fabro contra esta opinion, y hasta contra el mismo Triboniano, lo considero de muy poco momento.

5. *Sed officio judicis continetur, etc*). Aunque la razon del juicio exija y [illegible] regular que se condene al reo en la misma cosa pedida y deducida en juicio, *l.* 18. *comm. div.*, con todo, sucede algunas veces que es necesario, equitativo y conforme á humanidad que sea aquel condenado en la estimacion de la cosa debida; por ejemplo, si esta hubiere perecido por culpa ó tardanza del deudor, *l.* 23. *de verb. obl.*, si la cosa agena que se reclama no quiere venderla el dueño, ó exige por ella un precio exhorbitante, *l.* 14. §. *ult. de leg.* 3., ó bien si la ha adquirido el acreedor por un título oneroso, *l.* 19. *de obl. et act. l.* 84. §. 5. *de leg.* 1. §. 6. *sup. eod.* Lo mismo sucede si el acreedor pide una parte que ha adquirido tambien por dicha causa, *l.* 82. §. 3. *de leg.* 1., y en el caso propuesto en que, habiéndose legado un fundo ageno, se reclama la propiedad del mismo, la cual ha adquirido el legatario por una causa onerosa *d. l.* 82. §. 2. En este caso, pues, corresponderá al oficio del juez el condenar al reo, no en la cosa pedida, á saber, á la prestacion del fundo, deducido el usufructo, pues que en realidad el actor tiene ya la propiedad del fundo; sino á prestar su estimacion, deducido el usufructo, esto es, á dar al legatario tanto dinero cuanto el mismo dió al vendedor para la adquisicion de la nuda propiedad. Juliano expresó esto con estas palabras: *Judex tanti litem æstimabit, quantum actori oberit, d. l.* 82. §. 2.

TEXTO.

De re legatarii.

10. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum; quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa res, nec æstimatio ejus.

TRADUCCION.

De la cosa propia del legatario.

Pero si uno legare al legatario una cosa que es propia de este, es inútil el legado; porque lo que es propio del mismo no puede ya hacerse suyo. Y aunque la hubiere enagenado no se debe ni la misma cosa, ni su estimacion.

NOTAS.

10. *Licet alienaverit eam*). A causa de lo dispuesto por la regla Catoniana, *d. l.* 41. §. 2., á cuya ley obsta la *l.* 1. §. 2. *de reg. Cat.*, á no ser que digamos que con estas palabras, *si eum vivo testatore alienaveris*, se significa una condicion, á cuyos legados no pertenece la regla, *l.* 3. *y* 4. *eod. l.* 98. *de cond. et dem.*

COMENTARIO.

1. *Parece que Celso disintió de los demás jurisconsultos acerca del caso en que el legatario hubiere enagenado una cosa suya durante la vida del testador: intentase, con todo, conciliarlo con ellos.*
2. *De qué modo debe entenderse lo que se dice que á nadie puede legársele una cosa suya?*

Sed si). Esta partícula parece probar que este §. es un apéndice de la cuestion explicada en el anterior y en el §. 6. *sup.*; pues asi como alli se trata de aquella cosa que el legatario ha adquirido despues de hecho el testamento, asi, aqui se trata de aquella que al tiempo de hacerse este, es ya suya. Mas abajo en el §. 1. *de sign. reb. per fid. rel.* se manifestará que es lo que se observa cuando se ha legado ó mas bien dejado por via de fideicomiso á un tercero una cosa propia del legatario. Aqui se trata si es útil el legado cuando se ha legado al legatario una cosa suya. Dice, empero, Justiniano que semejante legado es inútil á causa de que no puede suceder que uno adquiera el dominio en virtud de dos causas, *l.* 3. *de acq. poss.* por cuya razon tampoco vale la estipulacion ni la compra de una cosa suya, *l.* 82. *de verb. obl. l.* 16. *de contr empt.* Lo mismo se establece en la *l.* 13. *C. de. leg.* y se responde por Ulpiano en la *l.* 41. *de leg.* 1. Por esta causa no podrá en semejante caso pedirse la cosa, ni su estimacion como se dice al fin de este §.

1. *Et licet alienaverit eam*). Esta es una ampliacion de la regla anterior. Aunque aquel, á quien se ha legado una cosa propia, la hubiere enagenado despues de hecho el testamento y durante la vida del testador, no por ello valdrá el legado; lo que se funda en lo establecido por la regla Catoniana que no permite que un legado, que no valió en un principio valga despues en virtud de un hecho posterior, *l*, 1. *in pr. de reg. Cat.*, cuya razon dá tambien en los mismos términos Ulpiano en *d. l.* 41. §. 2. Cuyacio, Hotomano y Bacovio, empero, piensan que Celso fué de otro parecer, fundándose en *d. l.* 1. §. 2. en donde este jurisconsulto se expresa así: *Igualmente si se te hubiere legado un fundo que al tiempo de hacerse el testamento es tuyo, si lo hubieres enagenado durante la vida del testador, se te deberá el legado, el cual no se te deberia si el testador hubiese muerto luego.* Y á la verdad este lugar está escrito de tal modo que poco falta para que sea del mismo parecer. Veamos, con todo, si podemos decir que estas palabras, *si cum vivo testatore alienavis*, son del testador y no del jurisconsulto, y que se han puesto condicionalmente. Tal vez se diga que entónces debieron haberse puesto con caractéres diferentes, segun acostumbran á hacerlo los jurisconsultos siempre que recitan las palabras del testamento ó de la estipulacion; pero esto pudo ser un descuido del impresor, y además no siempre se observa, *l.* 76. *in pr. y* §. 1. *de verb. obl. l.* 1. §. 10. *de extr. cogn.* Quizás se objete tambien á esto que la regla Catoniana no pertenece á los legados condicionales *l.* 4. *de reg. Cat. d. l.* 41. §. 2. *de leg.* 1., y que por lo tanto no debió Celso proponer un ejemplo de un legado condicional como excepcion de la regla, puesto que la de Caton no tiene lugar en el mismo. Empero, el ejemplo anterior, del §. 1. *d. l.* 1. *eod.* contiene tambien un legado condicional, el cual exceptúa Celso tambien de la misma regla. Por otra parte, dificilmente puedo creer, que si hubiese habido diversos pareceres entre los jurisconsultos, ni Ulpiano ni Celso hubiesen simplemente manifestado el suyo como en una cosa cierta y sobre lo que no habia duda ninguna. No obstante, se replicará, entónces deberémos confesar que Celso obra algo néciamente al exceptuar de la regla lo que á ella no pertenece; pero tambien debe confesarse que del mismo modo obra al exceptuar el caso ante-

rior. Yo con todo pienso, (y esto no sé que ningun otro lo haya advertido) que Celso exceptúa dichos dos casos por una razon peculiar, como si tambien viniesen comprendidos en la regla, porque siendo en entrambos casos tal la condicion que falte si el testador muere desde luego, y que pueda cumplirse si viviere mas largo tiempo, puede en los dos suceder que contra lo que dispone en la regla, aquel legado que no hubiese valido si el testador hubiese muerto luego, valga si viviere mas largo tiempo. A los demás legados condicionales, empero, ni las palabras de la regla pertenecen.

2. Debemos con todo recordar que lo que dijimos al principio de que á nadie puede legarse una cosa suya, debe entenderse en primer lugar, con tal que sea perfectamente suya, esto es, que no pueda legítimamente quitársele, pues si yo he adquirido por el largo uso una cosa propia de uno que está ausente por causa de la república, y se me legare antes de ser vindicada, y despues lo fuere, puedo muy bien reclamarla en virtud del testamento, *l.* 82. §. 1. *de leg.* 1. Además, debe la cosa ser del legatario en pleno derecho, pues si el testador ú otro tiene en ella algun derecho, vale el legado siendo útil respecto de aquello que falta al legatario. Supóngase que hay constituido en la cosa del legatario un derecho de enfiteusis, de superficie ó de prenda en favor del testador ó de un tercero, puede dicha cosa legarse, aprovechando al legatario este legado respecto de aquel derecho que fué ageno, *l.* 43. §. *ult. l.* 71. §. *pen. l.* 86. *in pr. et* §. *ult. de leg.* 1. *l.* 1. §. 1. *de lib. leg.* Ni tengo duda ninguna en que deberia decirse lo mismo si otro tuviere el usufructo de dicha cosa, *arg. l.* 76. §. 2. *de leg.* 2., aunque Acursio disiente á causa del texto de la *l.* 66. §. *pen. in fin. de leg.* 2., en cuyo lugar se lee malamente *propter istas causas,* siendo asi que debe leerse *præter*, segun observó muy bien Cuyacio *lib.* 5. *ad Afric. en la l.* 25. *de vulg. et pup. subts.* y atestigua Donelo que se lee en algunos ejemplares, 8. *comm.* 11. En algunas ediciones he visto *præter* notado al márgen. Finalmente, dicha cosa legada no ha de deberse al testador, pues que puede legarse al deudor aquello que debe por mas que sea dueño de ello. VINN. Mas en caso de duda tiene mas autoridad el modo como se lee en las pandectas Florentinas; pareciendo que el sentido es este. Habia dicho Papiniano que legado un fundo, se podia tambien pedir el usufructo, y tambien que se habia de redimir si estaba obligado y prestar la posesion, si otro lo poseia. Para que, empero, alguno no pensase que se observa tambien lo mismo en caso de habérsenos legado una cosa nuestra añade, *Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit*; esto es segun interpreta muy bien Osw. Hilliger. *Donel. enucl. lib.* 8. *cap* 2. no debe deducirse un argumento de lo anterior dicho. Por esta causa no vacilo en adherirme á la opinion de Acursio, pues entre la prenda y el usufructo hay mucha diferencia. La cosa dada en prenda no puedo recobrarla sino satisfaciendo la deuda; el usufructo, empero, vuelve á mí despues de muerto el usufructuario ó por otras causas. HEIN.

TEXTO.

Si quis rem suam quasi non suam legaverit.

11. Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione. Sed et si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.

TRADUCCION.

Si uno legare una cosa suya creyendo que no lo es.

Si uno legare una cosa suya creyéndola agena, vale el legado: pues se atiende mas á lo que realmente es, que á lo que se cree ser; y tambien consta que vale si pensó que la cosa era del legatario; por cuanto la voluntad del difunto puede llevarse á efecto.

NOTAS.

11. *Plus valet quod in veritate*). Esta razon pertenece mas bien al caso que sigue despues; pues aunque en este primer caso fuese verdad que se hubiese legado una cosa agena, valdria no obstante el legado; á causa de que si el testador hubiese sabido que la cosa era suya, la habria legado aun con mayor facilidad, segun lo que dijimos mas arriba en el §. 4. *eod.*

COMENTARIO.

1. *Malamente se aplica al primer caso de este párrafo la regla* Plus valet quod in veritate, etc., *y por que razon subsiste este legado?*
2. *La regla citada pertenece al segundo caso, y solo á aquellos actos en los que el error no impide al que los verifica el que quiera y pueda hacer aquello en que yerra; mas en los otros se observa una regla contraria.*

Mas arriba en el §. 4. vimos que si el tes-

tador legaba una cosa agena creyendo que era suya, no vale el legado á no ser que haya en favor del mismo una singular conjetura de la voluntad; cuya excepcion se ha puesto y aclarado en el comentario. Pero si uno legó una cosa del heredero creyendo que era suya, Papiniano nos enseña que es útil el legado, *l.* 67. §. 8. *de leg.* 2. Aquí por el contrario, se nos manifiesta que es lo que se observa cuando el testador legó una cosa suya creyendo que era agena, ó del legatario, disponiéndose que en entrambos casos valga el legado. Valdrá, pues, tambien y con mayoria de razon, cuando hubiere legado una cosa suya creyéndola del heredero, *arg. d. l.* 67. §. 8.

1. *Nam plus valét quod in veritate, etc.*) Pienso que esta razon (y esto nadie lo ha observado excepto Bacovio) se acomoda malamente al primer caso de este párrafo; y que pertenece exclusivamente al segundo, á saber, cuando uno lega una cosa suya creyendo ser del legatario; pues no puede decirse que valga aquí el legado, porque contra lo que el testador creia legó una cosa suya; por cuanto aun cuando hubiese sido cierto lo que el mismo pensaba, esto es, aun cuando la cosa hubiese sido agena, valdria no obstante el legado. Y á la sazon hay otra razon óbvia, porque en el caso propuesto la falsa creencia del testador no vicia el legado; á saber, porque si á pesar de que creia que la cosa era agena, no obstante la legó, y quiso gravar al heredero con la obligacion de comprar dicha cosa, debe presumirse que mucho mas la habria legado si hubiese sabido que era suya, *d. l.* 67. §. 8. *de leg.* 2.

2. *Sed et si legatarii esse putavit, valere constat*). A este caso si que puede acomodarse muy bien la regla de que *Plus valet quod in re et veritate est quam quod in opinione;* pues si aqui debiésemos atender á la creencia del testador seria nulo, por cuanto aquello que es propio del legatario no puede legársele, §. *prec.* Esta regla es de la especie de aquellas que solo pertenecen á ciertos casos y actos, pues únicamente tiene lugar cuando el error no impide que el que verifica el hecho pueda y quiera aquello en que yerra. Asi por ejemplo, en el caso propuesto la falsa creencia del testador no impide que pueda legar una cosa suya, ni debe pensarse que no hubiese querido legarla; á no ser que alguno diga, que siempre que se lega una cosa suya al legatario, no vale el legado, porque falta el ánimo de legar, lo que no es cierto. Ni semejante legado deja de valer porque falte el ánimo de legar, sino porque la voluntad del testador no puede llevarse á efecto, por cuanto aquello que ya es de alguno no puede hacerse suyo, §. *prec.* Cesando, empero, esta razon, si se halla que la cosa no es del legatario segun falsamente pensaba el testador, sino de este, debe cesar tambien esta disposicion. Y esto mismo da tambien á entender Justiniano cuando dice: *porque la voluntad del difunto no puede llevarse á efecto.* Otros ejemplos de la misma especie aplicados tambien á la misma regla hallamos en la *l.* 4. §. 1. *de manv. ind. l. pen.* §. 4. *de jur. et fact. ign.* Mas en aquellos actos que se consideran por la voluntad, que están pendientes de la misma, y en los que se requiere un propósito deliberado del que los verifica tales como son la adicion de la herencia y su repudiacion, se observa la regla contraria, atendiéndose mas á lo que se cree ser, que no á lo que es en realidad, *l.* 15. *y sig. l.* 19. *de acq. hær.*; á saber, porque en ellos el error impide que se haga aquello que podria hacerse si uno supiese lo que es realmente, y por consiguiente no deja que tenga lugar lo que es verdadero. Hotomano establece en general *que en el error de hecho prevalece la verdad, y en el error de derecho la opinion ó creencia;* lo que yo pienso que es falso, pues aunque el testador hubiere legado su cosa, creyendo que era del legatario por errar en el derecho, valdria sin duda el legado; y por el contrario, no valdria, si errando en el hecho, hubiese legado una cosa del legatario creyendo que era suya; de suerte que algunas veces en el error de derecho prevalece la verdad, y en otras en el error de hecho la opinion ó creencia.

TEXTO.

De alienatione et oppignoratione rei legatæ.

12. Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri; et ideo legatarium cum hærede ejus agere posse, ut predia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnino debetur; pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

TRADUCCION.

De la enagenacion y dacion en prenda de la cosa legada.

Si el testador hubiere legado una cosa suya, y despues la enagenare, Celso piensa que sino la enajenó con ánimo de quitarla, se deberá no obstante el legado, y l

mismo dispusieron los emperadores Severo y Antonino. Los mismos dispusieron que aquel que despues de hecho el testamento dió en prenda los predios que habian sido legados, no se considera haber quitado el legado y por lo tanto el legatario puede obrar contra el heredero para que redima los predios (a). Si empero, uno hubiere enagenado una parte de la cosa legada, la parte que no ha sido enagenada se debe de todos modos; mas la que lo ha sido, se debe si no ha sido enagenada con ánimo de quitarla.

NOTAS.

12. *Si non adimendi animo*). Esto se deduce de la causa de la enagenacion, pues si esta fué necesaria, por ejemplo, á causa de las deudas, no se cree haberse hecho con ánimo de quitar el legado, *l.* 11. §. 12. *eod.* 3.; y por el contrario si fué espontánea, y de este modo deben interpretarse los textos de la *l.* 8 *eod.* 1. *l.* 15. *de adim. leg. l.* 1. *y* 3. *de pec. leg.* ó bien si hubiere donado la cosa legada, pues que en la donacion no tiene lugar semejante distincion, *l.* 18. *de adim. leg. l.* 34. *in fin. de aur. arg. leg.*

COMENTARIO.

1. *De qué cosas se sacan las conjeturas para saber si la enagenacion de la cosa legada se ha hecho ó no con ánimo de quitar el legado.*
2. *Concíliase una respuesta de Scévola con otros lugares.*
3. *Por la dacion en prenda de la cosa legada no se considera haberse quitado el legado.*

Pertenece este lugar al *tit sig. de ademp. leg.*; pues la enagenacion de la cosa legada es un modo tácito de quitar el legado: por cuanto en el hecho mismo de transferir la cosa á otro parece mudar de voluntad el testador. Sin embargo, como que tambien es válido el legado de cosa agena, puede suscitarse una cuestion de voluntad sobre si la cosa se ha enagenado con ánimo de quitar el legado ó no, de suerte que en este último caso puede pedirse el legado; que es lo que aqui nos enseña Justiniano.

Si non adimendi animo). Pero de donde deducimos esta intencion ó la contraria? (b) De la causa de la enagenacion, la que si fué enteramente voluntaria, habiéndola verificado el testador sin que ninguna necesidad le obligase á ello; por ejemplo, si la hubiese donado ó vendido sin necesidad, se considera haberlo hecho con ánimo de quitarla, *l.* 18. *l.* 24. §. 1. *de adim. leg.* y de este caso deben entenderse las leyes *l.* 8. *pr. de leg.* 1. *l.* 15. *de adim. leg. l. y las tres sig. de pec. leg.* §. 17. *inf. l.* 6. *de leg.* 1. Equivocándose, pues, aquellos que piensan que en esta materia hay alguna diferencia entre el legado puro y el condicional, en cuyo error incurre tambien Mynsingero. Pero si la causa de la enagenacion fué necesaria, esto es, si el testador vendió la cosa legada por obligarle á ello una necesidad apremiante de su familia, no se considera haberlo hecho con ánimo de quitar el legado, y por lo tanto podrá pedirse el legado, á no ser que se pruebe, que á pesar de esta necesidad, el testador tuvo intencion de quitarlo (c). En este caso, empero, se exige la prueba de la mutacion de la voluntad al heredero, aunque es reo, *l.* 11. §. 12. *de leg.* 3. (d), á causa de que el legatario actor tiene en su favor una presuncion, como que no parece haber tenido intencion de quitar el legado al enagenar lo cosa, aquel que aunque quiere que valga el legado se ve con todo en la precision de enagenarlo.

2. No obstante, no deja de pugnar bastante con la distincion propuesta la respuesta de Scévola en la *l.* 27. §. 3. *de instr. leg.* Un patrono legó por via de mandato á su liberto á quien habia instituido heredero en parte un fundo con los instrumentos y aquello que en dicho fundo se hallaria cuando el testador moriria. El jurisconsulto responde que por causa de este legado tambien pertenece al liberto el vino que se halló en aquel fundo, el cual habia sido ya vendido por el testador durante su vida, y de cuyo precio habia el mismo recibido la tercera parte; á no ser que los herederos prueben que fué otra la voluntad de aquel. Si la enagenacion hecha sin necesidad, empero, es una prueba de haber mudado la voluntad, debia decirse que este vino pertenecia á los coherederos, á no ser que el liberto probase lo contrario. Algunos responden que en el caso propuesto por Scévola la venta del vino se habia verificado antes de hacerse el testamento; pero yo prefiero la opinion de Antonio Fabro, quien en el *lib.* 1. *conj.* 6. responde que para el efecto de quitar el legado no debe entenderse enagenado aquel vino que aun no ha sido entregado, y principalmente aquel, cuyo precio no ha sido aun satisfecho al vendedor, ó por causa del cual ha sido este satisfecho, *arg. l.* 19. *de contr. empt.* §. 41. *sup. de rer. div.* Sin embargo, respecto de aquella parte, cuyo precio se ha entregado al vendedor, dificilmente puede

(a) L. 17. y 40. tit. 9. P. 6.
(b) Dd. ll. 17. y 40.
(c) Dd. ll. 17. y 40.
(d) D. l. 17. vers. *Fueras ende*

decirse que venga tambien comprendida en el legado hecho por via de mandato; y yo soy de parecer que el demandante debe ser removido respecto de ella por la escepcion de dolo.

Divi Severus et Antoninus rescripserunt). Ni la respuesta de Celso, ni este rescripto de los emperadores Severo y Antonino existen. Con todo, de la *l.* 18. *de adim. leg.* y de la 11. §. 12. *de leg.* 3. aparece que lo que aquí se dice estuvo constantemente admitido.

3. *Qui prædia pignori dedit, ademisse legatum non videri*). Aunque la dacion en prenda no es propiamente una enagenacion, puesto que la cosa obligada queda en el dominio del deudor á quien ha de restituírsele una vez satisfecha la deuda, con todo, se considera una especie de enagenacion; *l. ult. C. de reb. al. non al.* Por lo demás, el mismo nombre de prenda indica bastantemente la enagenacion, pues que no suele darse sino por aquel que se ve obligado á ello por la necesidad. Asi pues, por esta causa muy bien y conforme á la regla anterior, dispusieron los emperadores Severo y Antonino que aquel que da en prenda una cosa legada no se entiende que haga esto con ánimo de quitar el legado, ó segun los mismos hablan *no parece que mude su voluntad acerca de la persona del legatario* (a). Hállase este rescripto en la *l.* 3. *C. de leg.* Sin embargo, creo debe oirse al heredero, si está dispuesto á probar que el testador dió la cosa en prenda con ánimo de quitar el legado.

Cum hærede agere, ut prædia luantur). Esto es, para que el heredero satisfaga de lo suyo tanto dinero al acreedor como aquel por el que están obligados los prédios, y asi librados y redimidos estos los entregue al legatario, *d. l.* 3. *C. h. t.*; lo que con todo debe tomarse con la distincion hecha en el §. 5. *sup. eod.*

Si verò quis partem rei alienaverit, etc.). Esto es una consecuencia necesaria de lo anteriormente dicho, pues lo que se observa en el todo respecto del todo, debe tambien observarse en la parte respecto de la parte, *l.* 76. *de rei. vind. l.* 82. *in pr. de leg.* 1. Asi pues, si tan solo ha sido enagenada una parte de la cosa, la parte que no lo ha sido siempre se deberá, *l.* 6. *l.* 8. *in pr. de leg.* 1.; y la que ha sido enagenada se deberá ó no, segun hubiere el testador tenido ó no intencion de quitar el legado.

(a) D. l. 40. tit. 9. P. 6. vers. *Mas.*

TEXTO.

De liberatione legata.

13. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: et neque ab ipso debitore, neque ab hærede ejus potest hæres petere, neque ab alio, qui hæredis loco sit. Sed et potest à debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere, ne hæres petat.

TRADUCCION.

Del legado de liberacion.

Si uno hubiere legado á su deudor la liberacion, es útil el legado, y el heredero no puede pedir (la deuda) ni del mismo deudor, ni de su heredero, ni de otro que esté en lugar de este, pero puede ser él mismo reconvenido por el deudor para que le libre. Tambien puede uno mandar al heredero que no reclame la deuda hasta cierto tiempo (b).

NOTAS.

13. *Neque ab hærede*). A no ser que el legado esté inherente á la persona del deudor, *l.* 8. §. 3. *de lib. leg.*

Petere). Es decir, útilmente; puesto que si reclama la deuda puede ser repelido por la escepcion de dolo, pues la obligacion no se disuelve *ipso jure* por el legado de liberacion, *d. l.* 3. §. 3.

Ut liberet eum). A saber, por medio de la aceptilacion, *d. l.* 3. §. 3. *l.* 22. *eod.*

Ad tempus). Los efectos de este legado véanse en Pomponio *l.* 8. §. 1. *eod.*

COMENTARIO.

1. *Es cierto ya por el derecho que puede legarse la liberacion al deudor.*
2. *Cuál sea el efecto del legado de liberacion?*
3. *Cuál el de aquel legado por el cual se prohibe al heredero que pida la deuda hasta cierto tiempo?*

Lo que Ticio me debe puedo legarlo á Sempronio y al mismo Ticio mi deudor. Aquel se llama legado de *nombre*, del cual se habla *in fin.* §. 21. *eod.*; y este de liberacion tratándose de los efectos de este último en este párrafo, que corresponde al tit. de las Pandectas *de lib. leg.*, en donde se hallan varias fórmulas de este legado. Tambien aquel que lega á su deudor el vale ó quirógrafo se considera que lega la liberacion, *l.* 3. §. 1. *d. tit. l.* 50. *de leg.* 3. *l.* 44. §. 5. *de legat.* 1. (c).

(b) Arg. l. 47. tit. 9. P. 6.
(c) D. l. 47. tit. 9. P. 6.

1. *Legatum utile est*). El jurisconsulto en la ley 5. *pr. de liberat. leg.* dice que ya es cierto que puede legarse la liberacion al deudor, cuyas palabras prueban que en algun tiempo estuvo esto en duda; y la causa de haberlo estado parece que la da á entender el mismo Jurisconsulto en la *l.* 1. *pr. eod.* en donde dice que puede legarse á los deudores aquello mismo que deben, á pesar de que sean dueños de ello; puesto que propiamente no es nuestro aquello que se nos debe, *l.* 27. §. 3. *l.* 34. *de aur. arg. leg.* Boet. *in Top.* dice: *El dinero que consiste en créditos no es nuestro.* De esto, pues, puede conjeturarse que antiguamente hubo algunos que negaron que pudiese legarse al mismo deudor lo que él debia; pero desechóse su opinion con razon; pues en este legado no se entiende que venga comprendido nada que sea del deudor, sino tan solo un derecho que tiene el acreedor, ó sea la remision de la obligacion ó deuda.

2. *Neque ab ipso debitore*). Por el legado de liberacion no se disuelve la obligacion *ipso jure*, ni se libra tampoco desde luego el deudor; sino que puede conseguir el fruto de la liberacion que le ha sido legada de dos modos; ó por medio de una escepcion en caso que el heredero pida la deuda, ú obrando por la accion del testamento para que se le libre por medio de la aceptilacion, *l.* 3. §. 3. *l.* 22. §. 25. *pr. eod.* Por lo que, lo que en este §. y en otras partes, *l.* 2. §. 1. *l.* 15. *eod.* se dice de que el heredero no puede reclamar la deuda, debe entenderse de la reclamacion eficaz; pues que en caso de pedirla es removido por la escepcion de dolo malo.

Neque ab hærede ejus, neque ab alio qui hæredis loco). Tal como el poseedor de bienes y aquel á quien en virtud de un fideicomiso se ha restituido la herencia. Algunas veces, con todo, los efectos de este legado quedan limitados á la sola persona del deudor, por ejemplo, si uno hubiere dicho; *No pida mi heredero la deuda de solo L. Ticio*, ó bien, *no quiero que mi heredero pida la deuda á L. Ticio mientras viviere*; pues siempre que el legado es inherente á la persona del legatario no pasa á su heredero, como tampoco se transmite ningun otro derecho personal, *l.* 8. §. 3. *l.* 20. *eod. tit.*

3. *Ad tempus jubere ne hæres petat.*) Puede condenarse al heredero á que no pida la deuda hasta cierto tiempo; siendo los efectos de semejante legado de que si el heredero pidiere dentro dicho tiempo la deuda sea removido por la escepcion de dolo por el deudor ó su heredero. Por lo demás, el deudor no puede reclamar que se le libre, *d. l.* 8. §. 1. ni por medio de la aceptilacion, pues esta extingue para siempre la obligacion, ni por pacto, pues esta produce una escepcion perpétua, siendo asi que en virtud del testamento solo la tiene temporal. Ni se requiere tampoco que el deudor pacte con el heredero que no se le reclamará la deuda dentro del tiempo prefijado por el testador, pues le es esto inútil, por cuanto no le concede nada mas de lo que ya tiene, á saber, una escepcion temporal. VINN. Uno de los principales efectos de este legado es que en el entretanto no se deben las usuras, *l.* 86. *de reg. jur. l.* 117. *de verb. obl.* HEIN.

TEXTO.

De debito legato creditori.

14. Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum: si nihil plus est in legato, quàm in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei puré legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit: quod et verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, à quo incipere non potest.

TRADUCCION.

De la deuda legada al acreedor.

Por el contrario, si el deudor legare á su acreedor lo que le debe, es inútil el legado, si no hay nada mas en el legado, que en la deuda, porque no consigue nada mas por medio de aquel. Pero si le hubiere legado puramente lo que le debe desde cierto dia ó bajo de condicion, vale el legado á causa de la representacion. Y si el dia llegare ó la condicion se cumpliere durante la vida del testador, Papiniano escribe que el legado es útil a pesar de esto, porque subsistió una vez lo que es verdadero, pues no se aprobó la opinion de aquellos que pensaban que se habia extinguido el legado, porque habia recaido en aquel caso desde el que no podia empezar.

NOTAS.

14. *Si nihil plus in legato*). Pues para que valga el legado es necesario que desde el principio haya en él alguna utilidad, *l.* 29. *de leg.* 1. *l.* 1. §. 10. *ad leg. Falc.* De otra suerte no se entabla la accion del testamento, sino la que nace de la obligacion primitiva.

In diem, etc.) O si por cualquier otra cause aconteciere, que haya algo mas en el legado que en la deuda, *l.* 28. *y sig. de leg.* 1., ó interesa al acreedor entablar la accion del testamento mas bien que la nacida de la primitiva obligacion, *l.* 11. *de lib. leg.*

Quia in eam causam pervenerit.) De esta opinion parece que fué tambien Paulo, *l.*

82. *eod.* 2., quien no obstante confiesa en otra parte que no es una cosa irregular que aquello, que una vez se hizo útilmente, subsista aun cuando llegue aquel caso desde el que no hubiera podido empezar, *l.* 85. §. 1. *de reg. jur.*

COMENTARIO.

1. *De cuántos modos sucede que haya algo mas en el legado que en la deuda?*
2. *Repréndese la sobrada ligereza de Ant. Fabro.*
3. *Cuándo tiene lugar la regla de que* lo que se ha hecho útilmente desde el principio subsiste aun cuando venga aquel caso desde el que no hubiera podido empezar, y *cuándo se observa la regla contraria?*
4. *Repruébase por Justiniano la opinion de Paulo que disiente de Papiniano.*
5. *Segun el derecho del código y de las instituciones difícilmente puede darse un caso en que no haya algo mas en el legado, que en la deuda.*

Para que valga el legado es necesario que haya en él alguna utilidad ó ventaja desde el principio, segun en general establecimos mas arriba en el §. 4. Por esta regla debe considerarse el legado que aqui se propone, si uno ha legado á su acreedor lo que le debe. Asi pues, si en virtud de este legado no puede el legatario percibir ventaja ó utilidad alguna, como no puede cuando nada mas hay en el legado, que en la deuda, será inútil aquel; pero será útil, si contiene algun emolumento, ó por cualquier causa sea mas pingüe el legado, *l.* 28. *y sig. de legat.* 1. *l.* 25. *in fin. de lib. leg. l.* 1. §. 10. *ad leg. Falc.*

1. ***In diem vel sub conditione debitum purè legetur***). Solo se pone esto por via de ejemplo; pues que de otros muchos modos que de estos dos acontece que sea mas pingüe el legado, que la deuda, y por todos ellos es útil el legado. Veamos, pues, de cuantos modos sucede esto. Que el legado sea mas pingüe, que la deuda puede ser en primer lugar, á causa de la representacion, por ejemplo, si se legare puramente aquello que se debe desde cierto dia ú bajo de condicion, *l.* 29. *de leg.* 1. *et h. ext.* Segundo, por razon del lugar, si aquello que se debe en uno lejano é incómodo se lega en otro mas cómodo é inmediato. Tercero, muchas veces es mas pingüe el legado por razon de la nueva accion del testamento, á saber, siempre que esta sea mas plena y eficaz, que la antigua, *d. l.* 28. *de leg.* 1. Es mas eficaz, si la antigua podia removerse por una escepcion, puesto que por el legado se entiende haberse renunciado aquella en favor del acreedor, *d. l.* 28. *de leg.* 1. Es mas plena, si es de mayor duracion, ó si la antigua es honoraria, en cuyo caso vale el legado, porque la accion honoraria las mas de las veces es temporal, y la del testamento es civil y perpétua, *d. l.* 28., ó bien porque es mas pingüe por otro concepto, como lo es la accion del testamento respecto de cualquier otra nacida de un contrato de estricto derecho por razon del aumento de las usuras y de los fructos, *l.* 3. *l.* 34. *l.* 58. §. 7. *de usur. l.* 3. *C. eod.* Por consiguiente tambien será útil el legado, si se legare al acreedor aquello que se le debe en virtud de una estipulacion, *d. l.* 28. §. 1.; y en general es útil siempre que conviene al acreedor entablar mas bien la accion del testamento, que la que nace de la obligacion primitiva, *l.* 11. *de lib. leg.* Clarísimamente, pues, se equivoca Wesembecio cuando niega que pueda considerarse que haya mas en el legado, que en la deuda por solo el hecho de ser mas pingüe la accion del legado. Tambien hay alguna ventaja en que cuando se ha legado por el deudor una especie de la que es dueño, el dominio de la misma pasa desde luego al acreedor, empezando á tener una accion real en vez de la personal, *l.* 3. *P.* 2. *de leg.* 3. Por lo demás, aunque estos legados subsisten por la utilidad de la nueva accion, con todo, como que no disminuyen en nada la herencia, no sufren la deduccion de la cuarta Falcidia, ni respecto de ellos pueden dejarse fideicomisos por medio de los acreedores legatarios, *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 3. §. 2. En los casos, empero, en que hay la ventaja de la representacion, respecto de aquello á que esta ventaja asciende tiene lugar la detraccion de la Falcidia, y pueden dejarse fideicomisos, *l.* 1. §. 10. *ad leg. Falc. l.* 2. *de dot. prœl.* y si se temia una escepcion del acreedor, puede tambien dejarse un fideicomiso, *l.* 7. §. *ult. de leg.* 3. VINN. Puede tambien considerarse mas pingüe el legado, que la deuda, á causa de que por esta solo compete una accion personal, y por aquella compete tambien la accion hipotecaria por la hipoteca que tiene el legatario en las cosas del difunto, *l.* 1. *C. comm. de leg.* HEIN.

Propter representationem). Esto es, porque en virtud del testamento se debe desde luego. Llámase *repræsentare* el prestar ó pagar alguna cosa antes de llegar el dia, ó el pagar algo antes de deberse, Suetonio *in August c. ult. l.* 1. §. 2. *de dot. prœl. l.* 56. §. 1. *de cond. et dem.* Ciceron en las epístolas *ad fam. lib.* 16. *ep.* 11. dice: *Dies promissorum adest, quem etiam repræsentabo si adveneris.* Séneca *epist. ad Lucil.* 95. *Petis à me ut id quod in diem suum dixeram*

debere referri, repræsentem. Con dicha palabra se significa toda acceleracion, como en aquello de Ciceron, *repræsentare improbitatem, lib.* 16. *ad Attic. epist.* 2. *repræsentare libertatem*, 2. *Philipp. cap.* 46.

2 *Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum*). Esto es, que á pesar de esto pudiese pedirse todo lo que se debe, en virtud del legado; no de suerte que tenga aun lugar en él la Falcidia, ó que pueda aun exigirse el fideicomiso impuesto al acreedor, puesto que se ha quitado ya la utilidad de la representacion que es la sola que da márgen á la ley y al gravámen, *l.* 1. §. 10. *ad leg. Falc. l.* 7. §. *ult. de leg.* 3. *l.* 2. *de dot. prœl.* Lo que me ha parecido deber advertir á causa de la ligereza de Antonio Fabro, quien en el *lib.* 4. *conj.* 12. se atrevió á afirmar contra la manifiesta autoridad y razon del derecho, que tambien en este nuestro caso, cuando llega el dia ó existe la condicion, tiene lugar la deduccion de la cuarta Falcidia, y se debe el fideicomiso, pues establece malamente, que cuando el legado solo consiste en el dia ó en la condicion, la Falcidia tiene lugar no solo respecto de la utilidad de la representacion, sino tambien respecto de todo el legado, y que el legatario puede tambien con respecto á todo él ser gravado con un fideicomiso, deduciendo esto infundadamente de las palabras de Papiniano en la *l.* 5. *ad leg. Falc.*, poniéndole sin ninguna necesidad en contradiccion con Paulo en *d. l.* §. 10. *eod.* y con Ulpiano en *d. l.* 7. §. *ult. de leg.* 3. *l.* 2. *de dot. prœl.*, quienes lo niegan abiertamente. Y á la verdad, no es de ningun modo conforme con la razon que el legatario acreedor sufra la deduccion de la Falcidia, ni que deba prestar el fideicomiso, no percibiendo del legado nada mas que la utilidad de la nueva accion, y no sintiendo ventaja ninguna en la misma cosa, *l.* 28. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 3. §. 2. *de leg.* 3. La respuesta de Papiniano se halla en la *l.* 5. *ad leg. Falc.*

3. *Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam, etc.*) Tambien aqui como mas arriba en el §. 11. ocurren dos reglas contrarias, de las cuales la una dice: *Lo que una vez se ha hecho útilmente subsiste, aunque despues venga aquel caso desde el que no podia empezar*; y la otra por el contrario establece, *que se extingue el negocio si sobreviene despues aquel caso desde el que no podia empezar*. Segun es sabido, estas dos proporciones no pueden á la vez ser verdaderas simplemente y en general; por el contrario, ninguna de ellas se observa siempre, ni es verdadera en todos los casos, *l.* 85. §. 1. *de reg. jur. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* En aquellos negocios que están enteramente perfectos, esto es, que ya nada mas exigen para su consumacion, se observa sin escepcion la primera regla de que nunca aquellos actos que de esta suerte se han verificado y consumado útilmente, se invalidan por haber sobrevenido el caso desde el que no podian empezar, estando esto actualmente recibido por todos y habiéndolo siempre estado. Hállanse ejemplos de ello en la *l.* 8. *de his qui sui vel al. jur. l.* 16. §. *ult. de rit. nupt. l.* 51. *in pr. de don. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* Pero si el negocio está aun pendiente, y se necesita algo para su perfeccion entónces se observa ya una regla, ya otra, segun es el caso que ha sobrevenido; pues si este fuere tal que impidiere, que el negocio empezado pueda ser llevado á cabo, se invalida, mas si no lo impidiere, entónces lo hecho antes útilmente subsistirá y producirá su efecto. Asi por ejemplo, un testamento, un legado, un fideicomiso, aunque desde el principio estén bien constituidos, no se perfeccionan con todo de suerte que ya nada mas se exija para la consumacion de la voluntad, pues aun falta que haya heredero en virtud del testamento, y que el legatario consiga el legado. Supongamos que aquel que testó conforme á derecho ha sido despues capiteminuido, por haber sido reducido á servidumbre, deportado ó arrogado. En este caso diremos que el testamento se hace irrito, porque la servidumbre, la deportacion ó la arrogacion que sobrevino ha mudado la condicion de la persona del testador, de suerte que ya no puede tener testamento, ni heredero, §. *sup. quib. mod. test. inf. i.* 6. §. 5. *y sig. de inj. rupt. l.* 8. §. 1. *y sig. qui test. fac. i. p[illegible]*. §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* Supongase que se ha legado alguna cosa á un siervo ageno, y que despues este ha sido comprado por el testador; tambien diremos que se extingue el legado, porque lo que sucede impide que pueda el mismo llevarse á efecto, *l.* 3. §. *ult. de his quæ pro non scripsit.* Otros ejemplos de la misma especie se hallan en la *l.* 83. §. 5. *de verb. obl.* §. 2. *inf. de inut. stip.* y en otras partes. Pero supóngase que el testador despues de haber hecho el testamento se ha vuelto furioso, ó ha sufrido otra enagenacion mental, ó la facultad de oir, de hablar, ó bien que se le ha privado de la administracion de sus bienes. Entonces diremos por el contrario, que el testamento que antes habia sido bien hecho no se anula en ninguno de estos casos, puesto que ni el furor, ni la pérdida del oido ó del hablar, ni la privacion de la adminis-

tracion de los bienes impiden que el testamento pueda llevarse á efecto, y que en virtud del mismo se consigan la herencia y los legados, con tal que el testador haya conservado su estado y sus bienes, §. 1. *y sig. sup. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. §. 1. *l.* 18. *qui test. fac.*

4. Sin embargo, no parece que todos fueron de la misma opinion segun la *l.* 98. *de verb. obl.* En el caso que aqui se propone, cuando uno legó puramente á su acreedor lo que le debia desde cierto dia ó bajo de condicion, y durante la vida del testador llegó el dia ó la condicion se cumplió, Paulo en la *l.* 82. *de leg.* 2. disiente abiertamente de Papiniano en la *l.* 5. *ad. leg. Falc.* Si la condicion no se cumplió ó no llegó el dia hasta despues de muerto el testador, concede Paulo que subsiste la peticion del legado, pero si esto se hubiere verificado durante la vida del mismo, dice que se invalida el legado, aun cuando haya subsistido en un principio. Por el contrario, Papiniano dice que aun cuando haya esto tenido lugar durante la vida del testador, es útil el legado, porque subsistió en un principio. Paulo, pues, para la validez de este legado exige que antes de la llegada del dia ó del cumplimiento de la condicion haya muerto el testador. Papiniano, empero, piensa que solo se atiende aqui al tiempo de hacerse el testamento, y que desde él debe establecerse la validez y efectos de este legado, lo que parece conforme á la regla Catoniana. Justiniano abrazó aqui la opinion de Papiniano, desechando la de Paulo.

5. La cuestion que se trata en este párrafo (y esto no lo advirtieron ni los mismos compositores) es casi enteramente inútil y supérflua; pues dificilmente puede suceder que hoy dia no sea útil el legado de deuda al acreedor, desde que Justiniano concedió tambien á los legatarios la accion hipotecaria y el derecho de hipoteca tácita en los bienes del difunto, *l.* 1. *C. comm. de leg.* (a), de suerte que solo en un caso puede actualmente suceder que el legado de la cosa debida no contenga utilidad ninguna, á saber, cuando el acreedor legatario tenga ya por otra causa el derecho de hipoteca constituido ya antes en su favor por el mismo deudor, ó por la ley, como en el ejemplo del §. *sig.* VINN. Nadie parece haber tratado con mayor acierto esta materia que el ilustre varon Jac. Gotofredo en sus comentarios á la *l.* 85. *ff. de reg. jur. p.* 591. en donde concilia dichas reglas de este modo: 1.°, *Aquello que es válido desde luego, y que no solo subsistió una vez desde un principio, sino que tambien ha sido útilmente constituido, y cuyo* DIA CEDE *útilmente antes de sobrevenir el caso, no se anula, aun cuando llegue aquel caso desde el que no habrian podido empezar*, á no ser que el estado esencial de la cosa ó de la persona se haya mudado, de suerte que ya no pueda cumplirse el negocio: 2.°, *Lo que no vale desde luego, ó aunque valga, no se ha constituido antes de existir el caso, y cuyo dia aun no ha cedido, se anula si sobreviene aquel caso desde el que no habria podido empezar*. Con estas dos reglas pueden fácilmente resolverse todas las cuestiones segun manifiesta por induccion el mismo Gotofredo, demostrando al mismo tiempo, lo que ya observó Cuyacio, que la discordancia de los antiguos nació de no haber distinguido con bastante cuidado *la validez ó subsistencia del negocio* de la *constitucion útil del mismo*; cuyas dos cosas cualquiera conocerá que son muy diferentes. HEIN.

« En España segun ya varias veces hemos « advertido, el testamento solo se hace irrito « por la capitis diminucion máxima. »

TEXTO.

De dote uxori legata.

15. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in prælegando demostrata sunt, valere legatum.

TRADUCCION.

De la dote legada á la muger.

Pero si el marido legare la dote á la muger, vale el legado; porque es mas pleno el legado, que la accion de dote. Pero si se legare una dote que no recibió, los emperadores Severo y Antonino dispusieron que si la habia legado simplemente, fuese inútil el legado, pero que valiese si al prelegar se ha señalado una cierta cantidad, un cuerpo determinado ó los instrumentos dotales.

NOTAS.

15. *Plenius est legatum*). A causa de la representacion de la dote consistente en dinero, la cual se restituia en tres pensiones una cada año, Ulp. *tit.* 6. §. 5. Hoy dia empero, la dote consistente en cosas muebles, se restituye dentro del año, *l. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.* En el legado de las cosas in-

(a) L. 26. tit. 13. P. 5. vers. *Otrosi.*

muebles aun cuando no hay representacion, Ulp. *d. loc. y d. l. un.*, con todo, vale el legado á causa de la utilidad de la nueva accion: véase el comentario.

COMENTARIO.

1. *Por derecho antiguo en el prelegado de la dote siempre habia mas que en la obligacion.*
2. *Si por derecho nuevo hay alguna utilidad en semejante legado?*
3. *Qué sucede si se lega simplemente ó demostrando cierta cantidad ó cuerpo una dote que no se ha recibido?*

Si uxori maritus dotem legaverit). Es este un ejemplo de un legado de una cosa debida; y por lo tanto para saber lo que acerca del mismo debemos establecer, hemos de atender segun la regla anterior á si hay algo mas en el legado, que en la deuda, valiendo en este caso el legado, pero no en el contrario.

1. *Quia plenius est legatum quam de dote actio*). Estas palabras prueban que los antiguos creyeron que siempre habia mas en el legado, que en la obligacion de la dote, y que por lo tanto segun derecho antiguo no pudo dejar de valer el prelegado de dote; véase el *tit. de dot. prœleg.* El que fuese mas pleno el legado nacia, ó de la utilidad de la representacion en la dote pecuniaria, pues la restitucion de esta admitia dilacion, pudiendo devolverse en tres plazos, de un año cada uno, al paso que el legado podia pedirse desde luego, *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *d. t.* Ulp. *tit.* 6. §. 5.; ó de la ventaja de la nueva accion, pues aunque las demás dotes se restituian luego segun Ulpiano *d. loc.*, con todo, en el prelegado de la dote reportaba la muger el beneficio de que desde luego volvia á ella el dominio de la cosa dotal, siendo asi que para la reclamacion de la dote solo tenia la accion personal *rei uxoriœ*, *arg. l.* 3. §. 2. *de leg.* 3., ó bien si habia estipulado la devolucion de la dote, porque en vez de la accion de lo estipulado conseguia la accion del testamento, la cual en muchas cosas se asemeja á las acciones de buena fé, segun la *l.* 28. §. 1. *de leg.* 1. Además, antiguamente se oponian á la accion de la dote varias escepciones y retenciones, pues muchas veces cedia la dote en favor del marido: véase á Ulpiano *d. tit.* 6. *l.* 15. §. 1. *sol. mat. l. un.* §. 5. *y sig. C. de rei uxor. act.*; las cuales no tenian lugar, cuando se habia prelegado la dote.

2. Justiniano, empero, en *d. l. un.* y en la *l.* 30. *C. de rei ux. act.* aumentó de tal modo la accion de la muger, que no sé ver que utilidad pueda reportar hoy dia del prelegado de la dote; á no ser que en virtud del legado tambien las cosas muebles han de restituirse desde luego, cuando de otro modo su restitucion puede diferirse un año por la constitucion de Justiniano, *d. l. un.* §. 7. (a). Puede con todo decirse en union con muchos intérpretes, que aun despues de la constitucion de Justiniano, el prelegado debe siempre considerarse útil, á causa de que al que obra en virtud del testamento no puede oponérsele la escepcion que llaman de competencia; pues aunque no todos los herederos del marido, reconvenidos por la accion de la dote, tienen este beneficio, *l.* 25. *de re jud.*, basta con todo que competa al hijo comun que fué heredero del padre *l.* 18. *sol. mat.* (b), y de este modo que pueda ser alguna vez útil el legado y conseguirse el todo, cuando de otra suerte solo se condenaria al reo en aquello que pudiese. VINN. Pero estas ventajas del legado no son de mucho momento; pues, despues de disuelto el matrimonio, tiene la muger una accion real como dueña de la dote, y la accion de lo estipulado es de buena fé y tan pingüe como la del testamento, escepto por lo que hace á la representacion. Finalmente, con razon puede dudarse si los hijos por este legado pierden el beneficio de competencia: véase la *l.* 12., 15. *y* 18. *ff. sol. mat. l.* 67. §. 8. *de leg.* 2. HEIN.

3. *Si quidem simpliciter inutile est legatum*). Si se ha prelegado la dote á la muger sin señalar cierta cantidad ni cuerpo determinado, y no hay dote ninguna, es inútil el legado, porque no puede saberse qué cosa, ni cuanto se ha dejado. Y no tiene esto lugar tan solo en la dote no recibida y simplemente legada, sino tambien en cualquier otro legado semejante de una cosa ó cantidad inciertas, *l.* 57. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 25. *in fin. de lib. leg. l.* 69. §. 1. *de jur. dot*

Si vero certa pecunia, vel certum corpus aut instrumenta). Por ejemplo, de este modo: *Doy, lego á mi muger los cien pesos que recibí en dote*; ó bien *el fundo Tusculano que me dió en dote, ó los cien pesos que están fijados en los instrumentos dotales*, *l.* 3. *l. ult. C. de fals. ca. adi. leg.*

Valere legatum). *D. l.* 25. *in fin. de lib. leg. d. l.* 3. *y ult. C. de fals. ca. adi. leg. d. l.* 75. §. 1, *in fin. de leg.* 1. La razon es clara y se espresa en los lugares citados, á saber, porque la falsa demostracion no vicia el legado, sobre lo que hablarémos *in fin.* §. 30. *eod.* Por la misma razon, si en el legado se hubiere comprendido una cantidad mayor,

(a) L. 31. tit. 11. P. 4.
(b) L. ult. tit. 11. P. 4. al fin

que la recibida en dote, valdrá el legado tambien en el exceso, *l.* 6. *de dot. præl.* Con todo, parece obstar á esto lo que Ulpiano escribe en la *l.* 1. §. 7. *eod. tit.* de que si uno hubiere legado *los cien pesos que tiene en el arca, ó lo que alguno depositó en su poder*, y nada hubiere en el arca, ó nada se hubiese depositado, nada se deberá, acomodando esto mismo al caso de la dote no recibida y prelegada. Pero muy bien responde Juan Fabro, que debe distinguirse entre si la cantidad legada se lega como á tal cantidad, ó como un cuerpo ó especie determinada, por ejemplo, *cien pesos que tengo en el arca*, *l.* 34. §. 4. *l.* 51. *de leg.* 1. En el primer caso la falsa demostracion no vicia el legado; pero en el segundo, se observa lo mismo que cuando se ha legado un cuerpo ó especie determinado, si existe el cual vale el legado, siendo inútil si no existe, *l.* 108. §. 10. *de leg.* 1. *l.* 52. §. 5. *de leg.* 2. (a).

TEXTO.

De interitu et mutatione rei legatæ.

16. Si res legata sine facto hæredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto hæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres. Si verò hæredis servus legatus sit, et ipse eum manumiserit, teneri eum, Julianus scripserit: nec interest sciverit, an ignoraverit, à se eum legatum esse. Sed et si alii donaverit servum, et is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur hæres: quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse.

TRADUCCION.

De la extincion y mutacion de la cosa legada.

Si la cosa legada ha perecido sin hecho del heredero perece para el legatario (b). Y si el siervo ageno que fué legado ha sido manumitido sin intervenir hecho por parte del heredero, no está obligado este. Si empero, hubiere sido legado un siervo del heredero, y este lo ha manumitido, escribe Juliano que está obligado, sin distinguirse entre si sabia ó ignoraba que habia sido legado el siervo por su medio. Pero aunque lo hubiere donado á otro, y este lo hubiere manumitido, está obligado el heredero, aun cuando ignorase, que se hubiese legado por su medio.

NOTAS.

16. *Sine facto hæredis*). Ya por una causa natural, como si el siervo legado ha fallecido, ya por un hecho ageno, á no ser que el heredero hubiese sido moroso, *l.* 56. §. *ult. l.* 47. §. *ult. de leg.* 1. Véase el comentario.

Legatario decedit). Y el heredero se libra á la manera que los demás deudores que deben una especie cierta, *d. l.* 25.

Sine facto hæredis manumissus). *L.* 55. *de leg.* 1. pues esta manumision es semejante á la muerte, *l.* 92. *de solut.*

Nec interest sciverit, etc.). *L.* 112. §. 1. *eod.* 1. *l.* 28. *qui et á quib. man. l.* 91. § 2. *de verb. obl.* La razon se halla en la *l.* 25. §. 2. *in fin. ad Treb.*

COMENTARIO.

1. *Con la manumision del siervo ageno que fué legado se libra el heredero, de suerte que no está obligado á prestar su estimacion, y qué es lo que sucede cuando es vindicada la cosa legada?*
2. *El heredero que manumite al siervo propio suyo que ha sido legado por el testador, aun cuando ignore esta circunstancia queda obligado, y por qué se dice esto especialmente del siervo propio del heredero?*

La doctrina de este párrafo pertenece al tratado comun de la liberacion de los deudores que tiene lugar por la extincion de la cosa debida; pues en general se observa, que, pereciendo la cosa debida sin hecho ó culpa del deudor, se extingue la obligacion, de modo que ni la estimacion puede reclamarse, *l.* 25. *de verb. obl. l.* 30. §. 6. *ad leg. Falc. l.* 47. §. *ult. de leg.* 1.

Si res). Esto es, una cosa cierta, una especie ó un cuerpo determinado, *l.* 26. §. 1. *de leg.* 1. *d. l.* 25. *de verb. obl.*, lo que se comprende fácilmente por el verbo *perierit*, el que solo se aplica á las cosas ciertas ó especies; pues cuando se ha legado ó deducido en obligacion una cosa incierta, por ejemplo, un hombre en general, cien áureos, no puede decirse en ningun caso que haya perecido la cosa legada ó por otra causa debida, porque en la palabra *hombre* vienen todos comprendidos, y en los cien áureos legados ó estipulados vienen tambien comprendidos general é indefinidamente todos los áureos; por lo que nunca en este caso se libra el heredero, ni otro cualquier deudor, *d. l.* 30. §. 5. *ad leg. Falc. l.* 11. *C. si cert. pet.* No hay, empero, diferencia ninguna entre que se haya legado una especie cierta, ó una cantidad á manera de una especie determinada, por ejemplo, los cien áureos que están en el arca, *d. l.* 30. §. 4. *l.* 37. *de verb. obl.*

Sine facto hæredis perierit.) Ya por una causa natural, ya por el hecho de un tercero, por ejemplo, si uno hubiere dado muerte al siervo legado, *l.* 18. §. *ult. de dol.*

(a) Arg. l. 18. tit. 9. P. 6.
(b) L. 41. tit. 9. P. 6.

pues si la cosa ha perecido por culpa del heredero, no debe esto perjudicar al legatario mas de lo que perjudica á los demás acreedores aquello que acontece por culpa del deudor. Y aun cuando la cosa pereciere por una causa natural, pero despues de haber el heredero incurrido en mora, será esto en perjuicio del heredero, *l.* 39. §. 1. *de leg.* 1. (a), pues es una regla cierta de derecho que la tardanza perpetúa la obligacion; de suerte que, si despues de aquella perece la cosa, queda no obstante obligado el deudor lo mismo que si la cosa aun existiese, *d. l.* 23. *de verb. obl. l.* 82. §. 1. *l.* 91. §. 3. *eod. l.* 5. *de reb. cred.*, de lo que trataremos con mas oportunidad al hablar de las obligaciones. Dice, *pereciere*. Se entiende haber perecido la cosa, no solo cuando deja de existir en la naturaleza, sino tambien cuando ha sido sacada fuera del comercio, §. 1. *y* 2. *inf. de inut. stip. l.* 83. §. 5. *de verb. obl. l.* 92. *de solut.*

Legatario decedit). Dícese esto en muchos lugares, *l.* 26. §. 1. *l.* 36. §. *ult. l.* 47. §. *ult. l.* 112. §. 1. *de leg.* 1. y segun dijimos mas arriba pertenece en general á todos los deudores que lo son de una cierta especie.

1. *Sine facto hæredis manumissus*). Tambien por la manumision de un siervo ageno queda libre el heredero, si no puede imputársele culpa ninguna, *l.* 35. *de leg.* 1. *l.* 91. §. 1. *vers. sin autem de verb. obl. l.* 92. *de solut.*, en donde Paulo dice que esta manumision es semejante á la muerte, á saber, porque por la manumision sale el siervo del comercio; por cuya causa, ni debe el heredero satisfacer su estimacion, como debe verificarlo cuando, existiendo la cosa, su dueño no quiere venderla, §. 4. *sup.* Qué sucederá, empero, si la cosa legada no ha perecido, pero ha sido vindicada? Si ha sido vindicada por el acreedor por causa de prenda, queda aun obligado el heredero sin distinguirse entre si se ha legado un género ó una especie determinada, pues que en el primer caso no basta dar la cosa tal como es, sino que es menester darla de modo que sea lícito tenerla, *l.* 29. §. *pen. de leg.* 3. *l.* 45. §. 1. *eod.* 1., y en el segundo está obligado el heredero á redimir la cosa de la obligacion de la prenda, §. 5. *sup.* Si, empero, la cosa ha sido vindicada por el dueño como agena, entonces debe distinguirse si se ha legado un género ó una especie; pues si se ha legado una cosa en género, y el heredero hubiere entregado una de aquel general, la que despues fué vindicada por el dueño, no quedará libre aquel por la misma razon que acabo de dar; mas si se ha legado una especie, por ejemplo, el siervo Estico ó Pánfilo, debe subdistinguirse, de modo que si el testador la legó como á cosa agena, esté tenido el heredero á comprarla ó á satisfacer su estimacion, §. 4. *sup.*, y si como á suya, quede el mismo libre, entregándola tal como la tuvo el testador, *l.* 77. §. 8. *de leg.* 2.

2. *Hæredis servus legatus, et ipse eum manumiserit*). Si el heredero manumitiere un siervo propio suyo que el testador ha legado, queda obligado y debe prestar su estimacion lo propio que si lo hubiese muerto, sin que se distinga entre si sabia ó ignoraba que se habia legado, *l.* 112. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 28. *qui et á quib. man.*; puesto que por la manumision se considera que se extingue la cosa por cuanto deja de estar en el comercio; y nadie por un hecho propio puede librarse de una obligacion y perjudicar á otro, *l.* 25. §. 2. *in fin. ad Treb. l.* 91. *de verb. obl.* Lo que se dice, pues, en *d. l.* 28. *qui et á quib. man.* de que el heredero, manumitiendo á un siervo propio que el testador habia legado, nada hace, debe referirse á los efectos de la liberacion y no á los de la libertad; de modo que se dice que nada hace á causa de que por la manumision no consigue librarse de la obligacion, lo que ya observó tambien Acursio. No obsta á esto el que la ignorancia escusa á aquel que manumitió un siervo que le habia sido indebidamente dado, *l.* 65. §. *pen. de cond. ind.*, pues la condicion de lo indebido fué introducida por equidad, y por lo tanto no se permite repetir por la misma mas que un lucro injusto, *l. pen. eod. tit.* Por qué, empero, Justiniano en este lugar, y los jurisconsultos en *d. l.* 112. §. 1. y en *d. l.* 28. hablan expresamente del siervo propio del heredero? No por otra causa, sino porque el heredero no puede manumitir el siervo propio del testador que este ha legado por medio de aquel, ó que ha dejado á otro por fideicomiso, á la manera que tampoco tiene facultad de enagenar ninguna otra cosa que se le haya mandado restituir, *l. ult.* §. 2. *C. comm. de leg.*, como que, ni aun cuando haya sido legado el siervo del testador bajo de condicion, puede el heredero darle la libertad, á pesar de que mientras la condicion está en suspenso está en pleno derecho del mismo, *l.* 19. §. 1. *qui et á quib. man.* Qué es, pues, lo que Paulo en la *l.* 91. §. 2. *de verb. obl.* dice que Juliano pensó que el heredero que, ignorando que en los codicilos se le rogaba que restituyese el siervo, lo manumitió, pues no teniendo lugar la libertad, no puede de-

(a) L. 41. tit. 9. P. 6.

cirse que haya manumitido? La misma respuesta de Juliano que se halla en la *l.* 25. §. 2. *ad sen. Treb.* aclarará esto. No dice Juliano que el siervo hereditario legado por medio del heredero, ó que se ha rogado al mismo que lo restituyese se haga libre por la manumision; sino que el heredero, á quien se ha mandado que restituyera á otro la herencia, puede manumitir al siervo hereditario, quedando obligado á satisfacer al fideicomisario su estimacion, lo que es muy diverso; pues cuando se ha legado especialmente un siervo hereditario determinado, es claro que el testador quiere que se dé este mismo siervo y no su estimacion; pero en la herencia fideicomisaria puede en favor de alguna cosa de la misma herencia admitirse otra interpretacion de la voluntad, como que para la intencion del testador sea igual prestar la cosa ó su estimacion.

Sed et si alii donaverit et is eum manumisserit). El heredero que donó á otro un siervo suyo que habia sido legado por su medio, aun cuando ignore esta circunstancia, con todo, si aquel á quien lo donó lo hubiere manumitido está obligado á satisfacer su estimacion, *d. l.* 112. §. 1. *de leg.* 1. La razon es la misma que la del caso anterior; á saber, porque por un hecho del heredero sale la cosa del comercio, lo que no debe perjudicar á un tercero. Solo que aqui el heredero no es la cosa próxima, sino la remota.

TEXTO.

De interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis.

17. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est et si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint: quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, et instrumenti legatum extinguitur.

TRADUCCION.

De la extincion de algunas de las cosas legadas.

Si alguno hubiere legado las esclavas con sus hijos, aun cuando aquellas hayan muerto, el parto cede en favor del legado. Lo mismo sucede si se hubieren legado unos siervos ordinarios con sus vicarios, porque, aun cuando hayan muerto los ordinarios, se deben los vicarios. Pero si se hubiere legado un siervo con su peculio, muerto, manumitido ó enagenado el siervo, se extingue el legado del peculio. Lo mismo se observa si se hubiere legado un fundo aparejado, ó con los instrumentos; pues enagenado el fundo, se extingue tambien el legado de los instrumentos.

NOTAS.

17. *Idem est, si ordinarii cum vicariis*). Pues los vicarios no se consideran aqui como una parte del peculio de los ordinarios, sino como consiervos de los mismos, segun lo son en realidad, *l.* 9. *de tit.*: y por lo tanto hay en este caso dos legados diferentes, *l.* 4. *d. tit.*

Sed si servus cum peculio, etc.) *L.* 1. *d. tit.* La razon de esto es porque el peculio se considera como una cosa accesoria, la cual acostumbra á extinguirse si se extingue la principal, *l.* 2. *d. tit. l.* 178. *de reg. jur.*

Idem est, si fundus estructus). Porque aqui no hay dos legados diferentes y entrambos principales, sino que el uno es de una cosa principal, y el otro de una accesoria. Debe con todo atenderse á la intencion del testador, *l.* 5. *de fund. instr. vel instr. leg.*

COMENTARIO.

1. *Si se ha legado una esclava con sus hijos se considera haber dos legados y entrambos principales.*
2. *Lo mismo sucede cuando se ha legado un siervo con sus vicarios.*
3. *Lo contrario se observa cuando se ha legado un siervo con su peculio, ó las provisiones de una casa con las vasijas que las contienen.*
4. *O bien cuando se ha legado un fundo moblado ó aparejado con los instrumentos.*
5. *Conciliacion de Paulo con Justiniano.*

En este §. y en los tres siguientes se nos enseña que es lo que se observa cuando durante la vida del testador ha esperimentado la cosa legada algun aumento ó disminucion. Si se hubiere disminuido en algo, se observa que ni el legado se extingue, á no ser lo principal lo extinguido, y accesorio lo que queda, ni el heredero está obligado á suplir lo que falta, sino que se libra entregando lo restante. Con cuatro ejemplos se aclara esto; con el legado de la esclava con sus hijos; con el de los siervos ordinarios con sus vicarios, *h.* §.; con el del rebaño, §. *sig.*; y con el del peculio, §. 20. Así pues, segun dije, lo que queda cede en favor del legado, si se ha legado tambien principalmente, no como un accesorio de lo que ha perecido; pues extinguida la cosa principal, se considera tambien extinguido el legado de lo accesorio; lo que se manifiesta en este §. con el ejemplo del legado del siervo con el peculio, y con el [illegible] fundo con los intrumentos. Si

se hubiere aumentado algo cede tambien en favor del legado; y se ponen de esto tres ejemplos; el del legado de un rebaño al que se han agregado posteriormente muchas cabezas, §. *sig.*; el de las casas á las que se han añadido columnas ó mármoles, §. 19.; y el del peculio al que despues se agregó algo. Este lugar, empero, se extiende á mucho mas; pues á él pertenecen tambien los frutos, las usuras, las pensiones de los predios, el parto, el feto, el aluvion, la isla nacida en los confines, y muchas otras cosas de que no habla aqui Justiniano, *l.* 8. *l.* 24. §. 2. y 3. *l.* 39. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 10. *l.* 39. *de leg.* 2. *l.* 16. *eod.* 3.

1. *Partus legato cedunt*). *L.* 62. *y sig. de leg.* 1. Podria parecer aqui que uno de los legados es principal y el otro accesorio, á saber, el de los hijos; segun le pareció á Servio, quien por dicha causa negaba que se debiese el parto. Pero en realidad los hijos no son una accesion de la madre, pues desde luego que son dados á luz tienen una existencia del todo separada, y por lo tanto escribe muy bien Paulo que hay aqui dos legados distintos, esto es, igualmente principales, *l.* 3. *de pec. leg.* y Celso en la *l.* 65. *de leg.* 1. desecha la opinion de Servio como falsa y poco conforme á la voluntad del difunto. Yo tambien creo falsa y en ninguna manera conforme á la voluntad del testador la opinion de Juan Fabro, y de Aretino quienes piensan que si se hubieren legado las ovejas con sus fetos, muertas aquellas, se extingue el legado de estas como accesorio. VINN. La verdadera razon porque aqui ni el parto de la esclava, ni el feto del animal se consideran como accesion de la esclava ó del animal es porque despues del parto no pertenecen á estos sino al dueño, respecto de cual son dos cosas distintas, entrambas principales, sin que quede conexion ninguna entre la madre y el feto. HEIN.

2. *Idem est si ordinarii cum vicariis*). Ocurre tambien aqui la misma duda que en el caso anterior; pues asi como el peculio es una accesion del siervo, asi tambien los siervos vicarios que estan en el peculio de los ordinarios, *l.* 17 *de pecul.* parece que son una accesion de estos, muertos los cuales por lo tanto no se deberán aquellos en virtud del legado. En lo que no hay duda es que muerto el siervo ordinario que ha sido legado con el peculio, se extingue el legado de este de modo que ni se deben los vicarios que están en dicho peculio. Y á la verdad, es preciso confesar que los siervos vicarios se reputan una accesion en cuanto se consideran como una parte del peculio de los ordinarios; pero en realidad no lo son, sino tan solo son unos consiervos de estos, *l.* 9 *de pec. leg.*, y como tales son considerados en el caso propuesto cuando son legados expresamente con los ordinarios, de suerte que tambien aqui hay dos legados distintos, y los vicarios se entienden tan principalmente legados como los ordinarios, *l.* 4. *d. tit.*

3. *Sed si servus cum peculio*). Enagenado, manumitido ó muerto el siervo que ha sido legado con el peculio, se extingue tambien el legado de este, *l.* 1. *de pec. leg.* Por qué tanta variedad? El peculio es una cosa accesoria y todas las cosas de esta condicion suelen extinguirse sin perecer las principales, dándose la razon de esto por Cayo, *l.* 2. *de tit.* Por la misma razon se observa que legadas las provisiones de una casa en union con las vasijas, consumidas aquellas, no se deben estas, *l.* 2. *l.* 4. *in. pr. de pen. leg.* Hay con todo entre las vasijas que sirven para tener las provisiones y el peculio la diferencia de que este no es una simple y mera accesion que necesariamente siga al siervo, puesto que si se ha legado simplemente el siervo, el peculio no cede en favor del legado, *l.* 24. *de pecul. leg.*, pero las vasijas de las provisiones son una pura accesion, y por lo tanto, legadas simplemente estas últimas, vienen tambien comprendidas en el legado aquellas vasijas sin las cuales no pueden cómodamente tenerse las provisiones, *l.* 3. §. *ult. d. l.* 4. *pr. de pen. leg.*

4. *Si fundus instructus vel cum instrumento*). Este ejemplo es muy semejante al anterior; pues que, enagenado el fundo que se ha legado con los instrumentos, se extingue tambien el legado de estos últimos, porque no hay aqui dos legados distintos y separados, sino uno de una cosa principal, y otro de una accesion ó secuela; pues los instrumentos son una accesion del fundo. Y á la verdad si alguno hubiere legado el *fundo con los instrumentos*, enagenado el fundo, no pueden estos pedirse, *l.* 1. §. 1. *l.* 5. *de fund. inst. vel. instr. leg.*; pero no hay la misma conformidad acerca de si debe observarse tambien esto cuando hubiere legado *el fundo y los instrumentos*, ó *el fundo aparejado y moblado*. Labeon en el *lib.* 1. *pithan.* piensa que ninguna diferencia hay entre estas fórmulas, *l.* 5. *de instr. leg.* Justiniano dice tambien en este lugar lo mismo del legado del fundo aparejado, que del de un fundo con los instrumentos. Por último Paulo tambien une estas dos cosas como que tengan la misma fuerza y efectos, *d. l.* 1. *in. pr. eod. tit.*; pero el mismo Paulo en sus notas á Labeon en *d. l.* 5. distingue expresamente de los

demas el legado *del fundo con los instrumentos*, diciendo que en virtud del mismo, si se ha enagenado el fundo, nada se debe, pero que en virtud de los otros pueden considerarse legados los instrumentos. Eguinario Baron que Paulo no puede conciliarse de ningun modo con Justiniano; y Hotomano cree que se contradice á sí mismo, y que á causa de su antipatía con Labeon y solo por su deseo de criticarle le respondió lo contrario. Pero yo aunque confieso que Paulo adoleció de este defecto, y que algunas veces reprendió á Labeon no de muy buena fé, segun puede verse en la *l. pen.* §. 1. *y* 2. *de acq. rer. dom. l. ult. de usuc.* y que tal vez le trata del mismo modo en *d. l.* 5., no pienso con todo que pugne consigo mismo ni con Justiniano.

5. Labeon habia dicho que entre las anteriores fórmulas no habia ninguna diferencia. Paulo dice que la hay, pues en virtud de esta fórmula *el fundo con los instrumentos*, enagenado aquel, nada se debe; y en virtud de estas *el fundo y los instrumentos*, *el fundo aparejado*, pueden haberse legado los instrumentos; como que dijese que en el primer caso es tan claro que el testador consideró los instrumentos como una accesion, que, enagenado posteriormente, en vano se disputará sobre la voluntad del testador por lo que hace á los instrumentos; lo que el mismo autor en *d. l. l. de instr. leg.* expresó en estos términos: *Enagenado el fundo que se legó con los instrumentos, no se vindicarán estos por la voluntad del difunto.* Cuando, empero, se ha legado el fundo y los instrumentos, ó un fundo aparejado; aunque regularmente tambien en estos dos casos se reputa accesorio el legado de los instrumentos, y por lo tanto se extingue una vez enagenado el fundo; con todo, como que aquí no es tan clara y manifiesta la voluntad del testador como en el caso anterior, por esta causa puede aquí admitirse una cuestion de voluntad, y reclamarse los instrumentos á pesar de haber sido enagenado el fundo, como que se debiesen por haber sido tambien legados separada y principalmente, probado lo cual saldrá vencedor el legatario. No se contradice, pues, á sí mismo Paulo cuando en *d. l.* 1. *in. pr.* dice que, ya se haya legado el fundo con los instrumentos, ya el fundo aparejado, se entiende haber dos legados, pues en el primer caso el uno de ellos siempre es accesorio, y en este pueden algunas veces ser entrambos principales. Tampoco pugna con Justiniano, pues que este solo propuso aquí lo que regularmente sucede, lo que hizo tambien Labeon en *d. l.* 5., al cual por lo tanto debió Paulo haber mas bien explicado, que reprendido. Casi del mismo modo concilian tambien esto Cuyacio y Wesembecio insiguiendo á Bart. en *d. l.* 5. Cuanto mas pingüe sea el legado del fundo aparejado y moblado, que el del fundo con los instrumentos; nos lo enseña Ulpiano en la *l.* 12. §. 15. 27. *y sig. de fund. instr. vel. instr. leg.*

TEXTO.

De grege legato.

18. Si grex legatus fuerit, et postea ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus; sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus.

Del legado de un rebaño.

Si se hubiere legado un rebaño, y despues quedare reducido á una oveja, puede vindicarse lo que restare. Legado, empero, un rebaño, dice Juliano que tambien aquellas ovejas que despues de hecho el testamento se agregan á dicho rebaño, ceden en favor del legado. El rebaño es un cuerpo compuesto de diferentes reses, así como las casas son un cuerpo compuesto de piedras unidas entre sí.

NOTAS.

18. *Si grex legatus, etc. quod superfuerit vindicari*). Aunque haya dejado de existir el rebaño, que es la razon que podria haber para dudar, *l.* 22. *de leg.* 1. Pero aquel que lega un rebaño se entiende que lega tambien cada una de las cabezas de que se compone, como las partes de un todo segun la *l.* 113. *de reg. jur.* Otra cosa se observa en el legado del usufructo de un rebaño, *l. ult. quib. mod. us. am.* porque el usufructo se extingue por la mutacion de la cosa: véase el §. *pen. sup. de usufr.*

Unum corpus). Acerca las varias especies de cuerpos, véase la *l.* 50. *de usurp. et usuc*

COMENTARIO.

1. *Razon de dudar acerca el primer caso de este párrafo, y porqué no sucede lo mismo en el legado del usufructo de un rebaño?*
2. *Razon del segundo ejemplo.*

1. Cuando se ha legado un rebaño, aun que este se haya disminuido, se deben con todo las reses que quedan, aun cuando solo haya quedado una oveja, *l.* 22. *de leg.* 1. en cuyo lugar indica Pomponio la causa que

hay aqui para dudar, la cual podia ser porque con la extincion de la cosa se extingue tambien el legado, §. 16. *sup. eod.*; pues aunque el rebaño no se muda por el aumento ó disminucion, sino que permanece siendo el mismo, *l.* 21. §. 1. *de exc. rei. jud.*, sin embargo cuando disminuyó hasta un número menor de diez, se considera haberse extinguido, porque semejante número no forma rebaño, *l. ult. de abig. l. ult. quib. mod. us. am.* El testador, empero, legó el rebaño, no cada cabeza de por sí, la cual es una cosa diferente de aquel, *l.* 1. *in fin. de rei. vind.* Debe, con todo, decirse que aquel que lega un rebaño, se entiende que lega todas las cabezas de que el mismo se compone; y que por lo tanto todo lo que de él queda el dia que cede el legado, se debe al legatario; pues aunque el número de cabezas que queda no constituya rebaño, sin embargo, sean las que fueren, forman ó formaron parte del rebaño que se legó, y por consiguiente vienen tambien comprendidas en el legado, *l.* 113. *de reg. jur.* Tampoco el area es un edificio, y no obstante se responde que si se ha quemado el edificio que se legó, puede aun vindicarse el area, *d. l.* 22.; y esto porque el area es ó fué una parte de la cosa legada, es decir, del edificio, *l.* 98. §. 5. *vers. non est. de solut.* Ni es contrario á esto lo que se dice en la *l. ult. quib. mod. us. am.* de que legado el usufructo de un rebaño, si este queda reducido á un número tal que no forma rebaño, se extingue el legado; pues es muy diferente lo que se observa en el legado de un rebaño, de lo que sucede cuando se ha legado el usufructo del mismo. En otra parte §. *pen. sup. de usuf.* expliqué detenidamente la razon de esta diferencia.

Ad unam ovem). Aunque esta sola oveja no constituya el rebaño, esto es, una universalidad compuesta de muchas cabezas, es con todo una de aquellas que lo formaban, y por consiguiente una parte de la cosa legada. Véase la *l.* 63. §. 1. *de leg.* 2. *l.* 79. *de leg.* 3.

2. *Post testamentum gregi adjiciuntur*). Este es un ejemplo contrario cuando se agrega algo á la cosa legada durante la vida del testador. A aquel á quien se ha legado un rebaño le pertenecen tambien todas las cabezas que posteriormente se agregan al mismo, *l.* 21. *de leg.* 1. La razon es porque no se entiende que el testador haya legado el rebaño tal como era entonces, sino tal como será el dia en que ceda el legado. En una palabra el legado crece y decrece para el legatario. Lo mismo sucede respecto del ganado mayor y del caballar.

Unum corpus ex distintibus capitibus). El rebaño forma un cuerpo como una casa; pero este es un cuerpo συνημμένον, esto es, *unido* y compuesto de muchas partes unidas entre sí, y aquel διεζῶσ, ó *desunido* y compuesto de muchas partes separadas como un pueblo; una legion, un colegio, *l.* 23. §. 5. *de rei vind. l.* 30. *de usuc.*

TEXTO.

De ædibus legatis.

19. Ædibus denique legatis, columnas et marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.

TRADUCCION.

Del legado de unas casas.

Finalmente legadas unas casas, decimos que ceden en favor del legado las columnas y los mármoles que se han añadido á las mismas despues de hecho el testamento (a).

COMENTARIO.

1. *Si se ha construido una casa en el area legada se debe la superficie en union con el suelo. Y qué sucede si la cosa legada se ha convertido en otra especie?*

1. Hé aqui otro ejemplo del aumento de la cosa legada. Por las columnas, empero, y los mármoles deben entenderse cualesquiera otras añadiduras, *l.* 41. §. 9. *y sig. de leg.* 1. Y si se ha construido una casa en el area legada, se quiso que se debiese la casa, esto es, el suelo y la superficie, segun se dice expresamente en la *l.* 39. *de leg.* 2. y en la *l.* 44. §. 4. *de leg.* 1. (b) en donde se añade tambien esta escepcion, á no ser que el testador hubiere mudado su voluntad; pero esta misma escepcion confirma de que por este solo hecho no se considera que el testador haya mudado su voluntad, y que por consiguiente en caso de duda se debe el area con la superficie, puesto que esta cede en favor de aquella por derecho de accesion, de modo que la cosa se considera mas bien aumentada que mudada, §. 29. *y sig. sup. de rer div. l.* 98. §. *ult. de solut.* No es contrario á esto lo que se dice en Cayo de que si en lugar de la casa que se habia legado y que se destruyó hubiere el testador edificado otra, no se debe el legado, *l.* 65. §. *ult. de leg.* 1.; porque el legado se extingue por la

(a) L. 37. tit. 9. P. 6.
(b) D. l. 37. tit. 9 P. 6.

destruccion de la cosa legada, como si el testador hubiere destruido la casa ó deshecho la nave que legó, *l.* 88. §. 2. *de leg.* 3. La nueva casa, empero, no se debe porque no se considera legada, á no ser que se probare que fué otra la voluntad del testador. Mas obsta el lugar de Celso en la *l.* 79. §. *pen. de leg.* 3. oponiéndose enteramente á lo que aqui decimos, á no ser que tomemos como una concesion aquellas palabras de Celso: *quamquam tunc petit non poterat.*, de suerte que el sentido sea que aun cuando se ponga un caso en el que, esto es, subsistiendo el edificio no puede pedirse el legado, como no puede cuando consta que el testador edificó con la intencion de que la casa no se debiese, que es la escepcion de *d. l.* 44. §. 4. *de leg.* 1., con todo actualmente, es decir, despues de destruido el edificio, puede pedirse el area, porque la mutacion de la voluntad solo fué en que no se debiese la casa. Asi piensa Duareno en *d. l.* 8. *de leg.* 1. y Donelo 8. *comm.* 17. Pero si se hubiere la cosa legada convertido en otra especie, si esta no puede de nuevo reducirse á la primitiva materia, por ejemplo, si del mármol se ha hecho una estátua, de la lana legada un vestido, ó de los materiales una nave, el legado se extingue, *l.* 78. §. 4. *d. l.* 88. *pr. y* §. 1. *de leg.* 3. (a). Mas si la especie á que ha sido reducida la cosa puede convertirse á su primitivo estado, como si de la porcion de metal que se ha legado se han hecho unos vasos, vale entonces el legado, prevaleciendo en él la materia, *d. l.* 78. §. 4. *d. l.* 88. §. *ult.* §. 25. *sup. de rer. div.*, á no ser ó que en este caso pruebe el heredero que el testador quiso quitar el legado, ó que en aquel pruebe el legatario lo contrario; debiendo entenderse de este modo lo que dice Ulpiano en *d. l.* 44. §. 2. *de leg.* 1. Véase á Donelo *d. cap.* 17. y á Cujacio 5. *ad Afric.* en la *l.* 56. *de usuf. y* 25. *obs.* 22.

TEXTO.

De peculio.

20. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem aliquid servus acquisierit, Julianus ait, siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hæreditatem acquisitum est, legatario cedere; quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur, et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum; ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eo reliqua inferre.

(a) L. 42. tit. 9. P. 6.

TRADUCCION.

De peculio.

Si se hubiere legado el peculio, sin duda alguna todo lo que durante la vida del testador se aumenta ó disminuye del peculio cede en favor ó en perjuicio del legatario. Pero si el siervo hubiere adquirido alguna cosa despues de la muerte del testador y antes de adirse la herencia, Juliano dice que si el peculio se ha legado al mismo manumitido, todo lo que se ha adquirido antes de adirse la herencia cede en favor del legatario, porque el dia de semejante legado cede desde la adicion de la herencia; pero si el peculio se ha legado á un extraño, no cede aquello en favor del legado sino en el caso en que el peculio se haya aumentado por medio de las cosas pertenecientes al mismo. El peculio, empero, no se debe al manumitido á no ser que se le haya legado: aunque si lo manumitiere durante su vida basta que no se lo quite, y asi lo dispusieron los emperadores Severo y Antonino. Tambien dispusieron que por haberse legado el peculio no se entiende haberse dejado el derecho de reclamar el dinero que invirtió en las cosas del dueño. Establecieron igualmente que cuando se manda ser libre á uno despues de dadas las cuentas y que satisfaga del peculio lo que resultare que debe, se considere legado el peculio.

NOTAS.

20. *Sufficit si non adimatur*). Pues en el mismo hecho de permitir el dueño que el hecho ya libre continúe poseyendo el peculio claramente se lo dona, *l.* 53. *de pec. l. un. C. de pec. ejus. qui lib. mer.*

Quam in rationes dominicas). Y esto asi porque lo que el dueño debe al siervo no es una verdadera deuda aun cuando aumente el peculio, *l.* 6. §. 4. *de pec. leg. l.* 7. §. *pen. de pec.*

COMENTARIO.

1. *Para quién es el aumento ó disminucion que durante la vida del testador sufre el peculio que se ha legado?*
2. *Por qué razon cuando se ha legado el peculio al siervo manumitido cede en favor del legado todo el aumento que haya tenido lugar aun despues de la muerte del testador, y no sucede asi cuando se ha legado á un extraño?*
3. *Esplícase la* l. 8. §. ult. de pec. leg.
4. *Por qué razon no se debe el peculio al siervo manumitido en testamento sino cuando se le ha legado; y el manumitido entre vivos lo adquiere á no quitárselo expresamente.*
5. *En el legado del peculio no se comprende lo que el siervo empleó por su señor.*

6. *Considérase haberse legado el peculio á aquel á quien se ha dado la libertad despues de dadas las cuentas.*

Muchas cosas se nos enseñan en éste párrafo. Primero, en favor ó en perjuicio de quien cede el aumento ó disminucion del peculio legado; en seguida quien adquiere el peculio del siervo una vez manumitido este; luego si en el legado del peculio viene comprendido lo que se ha invertido para el dueño; y por fin, si aquel á quien se ha dado la libertad despues de dadas las cuentas y devuelto lo sobrante se entiende que se le ha legado el peculio.

1. *Accedit vel decedit vivo testatore*). El peculio es á la manera del patrimonio universal de alguno en el cual haya cuerpos, y nombres y derechos ó sea créditos y deudas, *tit. de pecul.*; de donde nace que fácilmente admite aumento y disminucion, *l.* 65. *pr. de leg.* 2. Papinio Fronto decia: que el peculio era semejante al hombre, pues que nace, crece, decrece y muere, *l.* 40. *de pec.* Dice, *durante la vida del testador*. No se distingue aqui si el peculio se ha legado al mismo manumitido ó á un extraño, ni tampoco si se ha aumentado por causa de las cosas peculiares ó por otras causas; y la razon de esto es porque mientras vive el testador nunca cede el dia del legado, es decir, que nada se debe mientras tanto.

Quod si post mortem testatoris). Si el peculio se hubiere aumentado despues de la muerte del testador y antes de adirse la herencia; debe entonces distinguirse entre si ha sido legado al mismo manumitido ó á un extraño, y en este último caso entre si se ha aumentado por causa de las mismas cosas del peculio, como por el parto de las esclavas, por el feto de los animales; ó de otro modo, como por ejemplo, por medio de los trabajos ó ganancia del siervo, por donacion ó legado. Si el peculio se ha legado al mismo siervo manumitido, todo el aumento se cede siempre en favor del legado; pero si lo ha sido á un extraño solo los aumentos procedentes de las mismas cosas peculiares; no debiéndose los otros y perteneciendo al heredero, *l.* 8. §. *ult. de pec. leg. et h. text.* Luego verémos la razon de esto.

2. *Quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit*). Esta es la razon porque se dispone que en el caso de haberse legado el peculio al mismo siervo, cede en favor del mismo todo lo que estando yacente la herencia se aumenta por los trabajos del siervo ó por medio de otra cosa no perteneciente al peculio. De aquí deducimos tambien la razon porque en el caso contrario es del heredero dicho aumento. Es decir, que en general siempre que se pregunta qué es lo que viene comprendido en el legado, se atienda al tiempo en que cede el dia del mismo, *l.* 8. §. *ult. de pec. leg.*; esto es, á aquel dia en que empieza á deberse la cosa legada, *l.* 213. *de verb. sign.* pues que antes nada puede pertenecer al legatario. Por consiguiente, si antes de ceder el dia se hubiere de cualquier modo aumentado el legado, se deberá tambien dicho aumento al legatario; y si despues de haber cedido el dia, solo se le deberá aquella que produce la misma cosa. Ahora bien: cuando se ha legado el peculio al mismo siervo manumitido, tanto el dia del legado del peculio como del de la libertad solo cede desde la adicion de la herencia, *l.* 7. *in fin. y sig. quand. dies leg. ced.* (a); cuando, empero, se ha legado á un extraño cede, el dia luego despues de la muerte del testador, lo propio que en todos los demás legados, escepto los condicionales y los que no pasan al heredero, *l.* 2. *y sig. d. tit. l. un.* §. 5. *y sig. C. de cad. toll.* (b). Es pues del todo consiguiente que el peculio legado acrezca al siervo, y que le siga con todos los aumentos habidos hasta la adicion de la herencia; aumentándose para el extraño de cualquier modo hasta la muerte del testador, y cediendo en beneficio del heredero lo que se agrega mientras la herencia está yacente.

5. Lo que dijimos, empero, que el dia del legado del peculio cede para el extraño desde la muerte del testador está en abierta contradiccion con lo que Ulpiano, sacándolo de Juliano, dice en la *l.* 8. §. *ult. de pec.* de que si se lega el peculio al mismo siervo debe atenderse *al dia en que cede el legado*, y si se lega á un extraño, *al tiempo de la muerte*. Luego en un extraño el tiempo de la muerte no es aquel en que cede el dia del legado. Poquísimos son los intérpretes que hayan advertido esto, y sin embargo este lugar pugna tan abiertamente con todos los otros en que se dice que el dia del legado cede desde la muerte del testador, que no puede esta contradiccion conciliarse sin acusar á los compiladores. ¿Qué dirémos pues? Que Ulpiano respondió con Juliano segun el derecho de su tiempo y los senadoconsultos dados conforme á la ley Papia, en virtud de los cuales el dia de los legados no cedia desde la muerte del testador, sino desde la apertura del testamento, *d. l. un.* §. 1. *C. de cad. toll.* Por cuya causa dan tambien

(a) L. 35. tit. 9. P. 6. vers. *El primer*

(b) L. 34. d. tit. vers. *E. aun.*

otra razon sacada de una conjetura de la voluntad del testador. Este vestigio del derecho antiguo escapó á los compositores. VINN. Así les sucedió tambien en otras partes como en las *ll.* 104. *y* 51. *ff. de con. et demons. l. fin. ff. de don. mort. caus.* y en la *l.* 42. §. *ult. de hær. inst.*; cuyos lugares notó ya Ulpiano en los *Fragm. del tit.* 24. §. 31. HEIN.

Nisi ex rebus peculiaribus). Por ejemplo, por el parto de las esclavas ó el feto de los ganados, *d. l.* 8. §. *ult. de pec. leg.*; pues cuando sucede esto, el mismo peculio se aumenta y amplifica por sí; de modo que aun cuando este aumento tenga lugar despues de la muerte del testador cede con razon en favor del legatario, *arg.* §. 19. *sup. de rer. div. l.* 6. *de acq. rer. dom.*

4. *Pecculium autem, nisi legatum, et quamvis sit inter vivos*). Al siervo que ha sido manumitido en testamento no se le debe el peculio á no ser que se le haya legado espresamente, *l.* 24. *de pec. leg.*; pero el manumitido entre vivos retiene el peculio si no se le quitare espresamente, *l.* 53. *de pec. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* Pregúntase cual es la razon de esta diferencia. La Glosa, insiguiendo á Juan, dice que esto sucede porque el manumitido entre vivos debe al patrono sus servicios, en compensacion de los cuales es creible que se le ha dejado el peculio; pero que el liberto orcino no está tenido á prestar sus obras al heredero ni á otro ninguno. Schneidwino sacándola de Juan Fabro da la razon de esto diciendo que el dueño profesa mayor afecto al siervo á quien manumite entre, que no al que manumite en testamento, y que por lo tanto se considera ser mas liberal para con aquel, que no para con este á quien le da la libertad en que ya no puede hacer uso de sus cosas. De ahí es que se dice que es mas meritorio hacer limosna durante la vida, que no al morir, etc. Pero por qué buscamos dificultades en donde no las hay? El peculio dejado al siervo manumitido por vindicta por ejemplo, no sigue al mismo ni como compensacion de los servicios, puesto que estos tambien deberia prestarlos aun cuando se le hubiese quitado el peculio; ni porque se presuma ser mayor el afecto que el señor profesa al siervo que manumite por vindicta, que al que manumite en testamento; pues aunque esto es verdad, con todo, como que al tiempo de morir somos mucho mas liberales, que durante la vida y estando en nuestra cabal salud, debe por lo tanto interpretarse mas liberal y latamente la voluntad de los moribundos, que la de los que viven, *l.* 12. *de reg. jur.* Por otra parte, así cuando se manumite por vindicta como cuando se verifica esto en testamento, la manumision no concede nada mas que la libertad; pues que la manumision no es la dacion del peculio, sino la de la libertad. El que, pues, el manumitido por vindicta adquiera el peculio á no quitársele espresamente se funda en la razon de que en semejante caso hay una doble donacion: una espresa, á saber, de la libertad; y otra tácita, pero de ningun modo obscura, esto es, la del peculio. Efectivamente, cuando el dueño no quita el peculio al manumitido, sino que despues de ser ya libre permite que lo retenga, denota con esto mismo que se lo dona y concede; puesto que si no se lo quisiese donar, habria podido quitárselo. Esto, empero, no puede decirse respecto del manumitido en testamento, pues que este no consigue la libertad hasta despues de la muerte del testador, esto es, hasta aquel tiempo en que aquel que dió la libertad no puede dejar el peculio al liberto; y porque cuándo podia hacerlo no se lo dejó espresamente, se considera haber querido que lo adquiriese el heredero en union con los demás derechos: véase *d. l.* 53. *de pec. d. l. un. de pec. ejus qui lib. mer.*

5. *Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas*). Aunque lo que el siervo emplea para su señor, esto es, lo que este le debe, aumente el peculio y venga comprendido en la accion de este nombre, *l.* 7. §. *pen. de pec.*, con todo, como que no es una verdadera deuda ni por dicha causa puede competer accion ninguna al siervo, se dispuso que no se comprendiese en el legado del peculio, *l.* 6. §. 4. *de pec. leg.* Y hasta se responde que si no se ha quitado el peculio al siervo manumitido entre vivos, y por consiguiente se le ha concedido, no podia dicho siervo reconvenir á los deudores del peculio á no ser que se le hayan cedido las acciones, *d. l.* 53. *de pecul.*; y por lo tanto parece cierto lo que dice Teófilo de que legado el peculio, solo se considera que el dueño ha legado τὰ ἐν προχείρῳ ὄντα καὶ ἐν ἑτοίμῳ, es decir, *lo que está líquido y pronto.*

Et ex eo reliqua inferre). Por solo haberse dado la libertad á un siervo, si hubiere dado las cuentas, no puede decirse que se le haya legado el peculio, pues que ni esto se consideraria haber tenido lugar aun cuando el testador hubiere prohibido que se le exigiesen cuentas, *l.* 23. §. 2. *de pec. leg.* Con todo, si se hubiere de pagar del peculio á los herederos lo restante, esto es, lo que despues de dadas las cuentas resultare lo que debe al dueño, ó bien darles alguna cantidad, se entiende habérsele legado lo que se-

ora del peculio, *l.* 8. §. 7. *d. tit.*; pues aquel que manda al siervo que satisfaga del peculio lo que debe ó una parte del mismo no puede dejar de parecer que respecto de lo restante ha pensado de diferente manera, segun la *l.* 12. §. 43. *vers. denique Nexatius de fund. instr. vel instr. leg.*

TEXTO.

De rebus corporalibus, et incorporalibus.

21. Tam autem corporales res legari possunt quam incorporales: et ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas hæres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet: *Damnas esto hæres meus domum illius reficere:* vel, *illum ære alieno liberare.*

TRADUCCION.

De las cosas corporales é incorporales.

Pueden legarse tanto las cosas corporales como las incorporales; y por consiguiente lo que se debe al difunto puede legarse á alguno, de suerte que el heredero le ceda sus acciones; á no ser que el testador durante su vida hubiese exigido el dinero, pues que en este caso se extingue el legado (a). *Tambien vale este legado:* Condeno á mi heredero á reparar la casa de aquel, *ó bien* á satisfacer las deudas de aquel (b).

NOTAS.

21. *Actiones legatario præstet*). *D. l.* 43. §. 9. *d. l.* 75. §. 2. *eod.* 1. Pero sin aguardar la cesion de las acciones directas podrá en nombre propio entablar las útiles que tiene, *l.* 18. *C. eod.*

COMENTARIO.

1. *Qué es lo que se contiene en legado de nombre?*
2. *Estínguese este legado si mientras vive el testador se hubiere exigido la deuda, ó bien pagado espontáneamente, y por qué razon?*
3. *Admítese tambien aqui prueba de no haberse mudado la voluntad segun las circunstancias del hecho.*
4. *Qué es lo que sucede cuando habiendo empezado á reclamarse la deuda, el testador murió durante las dilaciones del juicio, ó bien antes de hacerse la solucion?*
5. *Tambien pueden legarse los hechos de suerte que aquel á quien se ha mandado hacer alguna cosa ha de obedecer, y con qué condiciones?*

Parece concluirse aqui el tratado de las cosas que pueden legarse. Dos cosas se nos enseñan en este párrafo: la una que pueden legarse lo mismo las cosas incorporales que las corporales; y la otra que no solo pueden legarse las cosas que propia y especialmente se llaman tales sino tambien los hechos.

Quam incorporales). No solo pueden legarse las cosas corporales, como un hombre, una casa, un fundo, un vestido, oro, plata, dinero contado, etc., sino tambien las incorporales como el uso, el usufructo, las servidumbres de los prédios, una parte de la herencia ó de los bienes, la liberacion, una accion ó nombre del deudor. Y esto es lo que dice el jurisconsulto que pueden legarse todos los cuerpos, derechos y servidumbres, *l.* 41. *in pr. de leg.* 1. (c). Qué es lo que contiene el legado de uso, de usufructo, y de servidumbre se explica en títulos separados en las Pandectas; qué el de una parte de la herencia en la *l.* 8. §. *ult. de leg.* 2. y en la *l.* 22. §. *ult. ad sen. Treb.*; qué el de una parte de los bienes en la *l.* 9. *de leg.* 2. *l.* 26. §. 2. *l.* 23. *de leg.* 1. Del legado de liberacion, y de lo que el mismo contiene hablamos mas arriba en el §. 13. *h. t.*, tratándose tambien de él en un título separado en las Pandectas. Ahora debemos tratar del legado de nombre.

Quod defuncto debetur potest alicui legari). Lo que se me debe puedo legarlo á mi deudor, llamándose este legado de liberacion; ó á un tercero por ejemplo: *Doy, lego á Ticio los cien aureos que Seyo me debe por causa de mútuo*, *l.* 75. §. 1. *y* 2. *l.* 82. §. *pen. de leg.* 1.; siendo este legado el que á cada paso se llama de nombre, *l.* 44. §. 6. *de leg.* 1. *l.* 11. §. 13. *l.* 54. *l.* 59. *de leg.* 3. *l.* 18. *C. de legat.* Aquel que lega el vale se entiende legar tambien la deuda, crédito ó accion y no tan solo el papel, *d. l.* 44. §. 5. *de leg.* 1. *d. l.* 59. *eod.* 5. (d).

1. *Ut actiones legatario præstet*). En el legado de nombre no se contiene nada mas que la cesion de acciones del heredero, *d. l.* 44. §. 6. *d. l.* 75. §. 2. *l.* 105. *de leg.* 1. (e). De ahí podemos deducir que legado el nombre ni puede el heredero exigir la deuda, ni corre esta á riesgo suyo, sino que cumple con la cesion de las acciones, aunque sean inútiles, á causa tal vez de que el deudor es insolvente; y tambien que semejante legado es nulo cuando nada se debe aunque el testador hubiere expresado en este caso una cantidad cierta, por ejemplo si hubiese dicho: *Lego á Ticio diez aureos que me debe*

(a) L. 1. 5. tit. 9. P. 6.
(b) L. 28. d. tit. vers. *Otrosí.*

(c) D. l. 15. tit. 9. P. 6.
(d) L. 47. tit. 9. P. 6.
(e) D. l. 47. vers. *Otrosí.*

Seyo, *d. l.* 75. §. 2. Y antiguamente, ya se hubiese legado, vendido ó donado un crédito, el legatario, comprador, ó donatario no tenian accion ninguna por la que pudiesen reconvenir en nombre propio al deudor; sino que debian esperar que el heredero ó acreedor les cediese sus acciones; cedidas las cuales, no obraban en nombre propio, sino en el del mandante y como á procuradores en una cosa suya. Posteriormente, empero, empezó á concedérseles contra los deudores una accion útil, la que entablaban en nombre propio sin aguardar la cesion de la directa, *l.* 18. *C. h. t. l.* 5. *y* 7. *C. de hær. vel. act. vend. l.* 16. *in pr. de act.*, lo que se estableció porque muchas veces se diferia la cesion de las acciones, y en algunos casos hasta no podia verificarse, como en el caso de la *l.* 1. *C. de obl. et. act.*

2. *Nisi exegerit testator pecuniam*). El legado de nombre solo tiene efecto si el mismo testador no ha exigido la deuda durante su vida; pues que si esto hubiese tenido lugar, despues de hecho el testamento se extingue el legado, segun Ulpiano *d. l.* 75. §. 2. de *leg.* 1.; lo que confirma aqui Justiniano. La razon de esto es porque, exigiendo el testador la deuda que legó, se considera haber quitado el legado; á la manera de aquel que posteriormente enagenó la cosa legada, *l.* 11. §. 12. *y sig. de leg.* 3. (a). Además que hay aqui otra razon y mas eficaz que en el caso en que se enagena despues la cosa legada; pues aun cuando se haya verificado esto, la cosa con todo subsiste, y aun cuando se haya hecho agena, puede el legado tener efecto; pero cuando se ha exigido la deuda, se extingue la misma substancia de la cosa, ἡ συστασις τοῦ χρέου; esto es, se extingue aquello mismo que se ha legado, de modo que en vano reclamaria del heredero el legatario que le cediese unas acciones que no existen. Esta razon se indica en *d. l.* 11. §. 13. y en *d. l.* 75. §. 2.; ni es muy desemejante lo que se dice en la *l.* 7. §. 4. *de liberat. leg.* de que el legado de liberacion se extingue si mientras vivia el testador se exigió la deuda. Tambien se extingue el legado de nombre, lo propio que el de liberacion, si se ha pagado espontáneamente lo que se debia, ó se ha librado el deudor por aceptilacion ú otro cualquier modo, *l.* 21. *de lib. leg.*

3. Tambien, empero, se admiten aqui pruebas de que no se ha mudado la voluntad segun las circunstancias del hecho, *l. pen.* §. *ult. de adim. leg.* Supóngase que la deuda se ha exigido tal vez porque el deudor se empobrecia, y el testador tuvo el dinero como en depósito: podrá entonces pedirse el legado ó fideicomiso, como que el testador no hubiese exigido la deuda con intencion de quitar el legado, *d. l.* 11. §. 13. Mas en este caso se pedirá el legado directamente del heredero; pues malamente reclamaria de este el legatario que le cediese las acciones, si estas ya no existen una vez librado el deudor. Del mismo modo, si el deudor pagó voluntariamente el dinero, y el testador habiéndolo recibido lo tuvo como en depósito, tendrá aun lugar la peticion del legado ó fideicomiso como que no se haya mudado la voluntad *d. l.* 11. §. 13. Parece, con todo, que se exige en este caso que se haya tenido el dinero en depósito; sucediendo lo contrario de lo que hemos dicho si habiéndose dado simplemente en solucion, se ha recibido tambien en solucion simplemente, *arg d. l.* 11. §. 13. *d. l.* 12. *de lib. leg.*; en donde el jurisconsulto responde sin distincion que por la solucion de la deuda se extingue el legado de nombre. La glosa, con todo, que debe distinguirse entre el deudor que pagó espontáneamente, y aquel que lo verificó reconvenido por el acreedor; cuya distincion veo que tambien admite Schneidwino.

4. Dice: á *no ser que lo hubiese exigido.* ¿Qué sucederá, pues, si despues de haberse empezado á pedir el dinero murió el testador durante el juicio, ó bien despues de pronunciada la sentencia, pero antes de verificarse la solucion? Bartolo en la *l.* 6. *de fund. inst. vel. instr. leg.*, y Angelo y Mynsingero que le siguen piensan que en dicho caso tiene aun lugar la peticion del legado, el cual no se considera quitado mientras la cosa subsiste integra. Y á la verdad, si el testador hubiese vendido la cosa legada, y hubiese muerto antes de entregarla, el legado no debe considerarse extinguido segun prueba la *l.* 27. §. 5. *de fund. inst. vel. instr. leg.*, la que dijimos tambien que era nuestra opinion mas arriba en el §. 12. Mas estas cosas no son semejantes de ningun modo; y tanto la enagenacion voluntaria de la cosa legada, como la peticion de la deuda, son pruebas de haberse mudado la voluntad. Sin embargo, la simple venta, ó sea la que no ha sido consumada por la tradicion no se considera como enagenacion por lo que hace á los efectos de quitar el legado; y esto á causa de que la tradicion pende del arbitrio del testador vendedor, quien reteniendo el dominio de la cosa que habria podido transferir, y principalmente si no ha recibido aun el precio, no se considera que haya querido quitar el legado desde luego. Mas al legatario no debe apro-

a) L. 15. tit. 9. P. 6. vers. *Pero.*

vecharle la tardanza del deudor, ni la dilacion del juez en pronunciar el fallo. Añádase á esto que la accion deducida en juicio se extingue aunque nazca otra nueva de lo juzgado. En nada favorece la opinion de Bartolo *d. l.* 6. *de instr. leg.*; pues en el caso allí propuesto se debe indudablemente lo que se ha exigido, y tan solo se duda si no habiendo el deudor, que fué condenado durante la vida del testador, satisfecho, tiene el legatario la peticion de aquello que, siendo debido en virtud de la sentencia del juez, no se ha pagado aun; cuya duda nace de aquellas palabras, *quod meum erit*, de que hizo uso el testador en el legado.

5. *Damnas esto hæres meus domum illius reficere*. Tambien segun dijimos pueden los hechos legarse ó dejarse en fideicomisos; esto es, puede condenarse al heredero, ó á otro á quien pueda obligársele en testamento, á que haga ó deje de hacer alguna cosa en favor de un tercero; y aquel á quien se ha mandado ó rogado esto debe obedecer, con tal que no se le haya prescrito nada que sea contra las leyes ó las buenas costumbres, *l.* 112. §. *ult. de leg.* 1.; ó sea una cosa inestimable, como si se le hubiese mandado emancipar á sus hijos ó adoptar algun estraño, *l.* 114. §. 8. *de leg.* 1. *l.* 41. §. 8. *de leg.* 3. *y l.* 92. *de cond. et dem.* Mándase al heredero hacer un hecho lícito en los ejemplos aqui propuestos, como cuando se le obliga á reparar la casa de alguno, á pagarle sus deudas, ó en otros casos semejantes, como si se le mandare hacer una casa ó monumento para alguno, ó venderle un fundo, *l.* 29. §. *ult. de leg.* 2. *l.* 11. §. *antep. y sig. eod.* 1. *l.* 11. §. *ult. eod.* 3. Paulo 3. *sent.* 6. A no hacer, por ejemplo si se le prohibe enagenar un fundo, una casa ú otra cosa fuera de la familia, *d. l.* 114. §. 15. *de leg.* 1. *l.* 69. *eod.* 2. Sin embargo, si aquello que se ha mandado hacer no es útil á nadie como si se prohibe en testamento la enagenacion de alguna cosa sin expresarse alguna causa, y se ignora la persona en favor de quien quiere el testador que se haga esto, se considera lo escrito de ningun momento, como que contiene un nudo precepto, *d. l.* 113. §. 14. *l.* 38. §. 4. *l.* 93. *in pr. de leg.* 3. De la misma especie son aquellas que Papiniano llama ridículas voluntades de los difuntos acerca de la sepultura; por ejemplo, que se empleen vestidos ú ornamentos en los funerales, *l.* 113. §. *ult. de leg.* 1. *l. ult.* §. 2. *de aur. leg.* (a).

« En España la *l.* 15. *tit.* 9. *p.* 6. *vers.* « Pero *y sig.* establece la opinion de la Glosa « y de Bartolo, á saber, que ni por la solucion de la deuda, ni por la sola peticion de « ella, mientras aquella no se haya verificado, « se extingue el legado de crédito ó nombre. »

(a) L. 32. tit. 9. P. 6. vers. *Otrosí*.

TEXTO.

De legato generali.

22. Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

TRADUCCION.

Del legado de género.

Si se legare en general un siervo ú otra cosa, la eleccion corresponde al legatario, á no ser que el testador hubiere dicho otra cosa (b).

NOTAS.

22. *Si generaliter*). El legado de género vale cuando los cuerpos en él comprendidos son de una misma manera, teniendo una misma forma interna é igual naturaleza; por ejemplo, si se lega un hombre, un caballo ó un buey; de otro modo, es inútil, como si se ha legado un animal. Y si se ha legado un fundo ó una casa, y el testador no tuviere ninguna de dichas cosas, el legado es mas bien irrisorio que útil, *l.* 69. §. 4. *de jur. dot. l.* 18. *de leg.* 1.; y esto porque semejantes cosas no tienen determinacion ninguna por la naturaleza, y distan mucho de ser útiles, *l.* 24. §. 2. *eod.* 1.

Electio legatarii est). *L.* 108. §. 2. *eod.* 1. *l.* 2. §. 1. *de opt. leg.* Como tambien en las cosas que se han legado disyuntivamente, *l.* 34. §. *pen. eod.* 1. *l.* 23. *eod.* 2. Otra cosa debe decirse en los contratos, §. 33. *vers. Huic autem. inf. de act. l.* 10. *in fin de jur. dot.*; pues los contratos no admiten una interpretacion tan lata como las últimas voluntades, *l.* 12. *de reg. jur.* Con todo, no es enteramente libre esta eleccion, *d. l.* 37. *de leg.* 1.

Aliud testator dixerit). O hubiere dirigido la palabra al heredero, como en la fórmula del legado por damnacion; pues por la equiparacion de los legados en nada se alteró la voluntad del testador, §. 2. *sup. eod.*

COMENTARIO.

1. *¿Qué es lo que los jurisconsultos entienden por género y por especie?*
2. *La regla que se pone en este párrafo no pertenece á los géneros máximos ó subalternos, sino tan solo á los ínfimos; y únicamente cuando todas las especies ...*

(b) L. 23. tit. 9. P. 6.

prendidas en el género tienen su forma determinada por la naturaleza.

3. *Si las cosas comprendidas en el género legado no están determinadas por la naturaleza, es inútil el legado si el testador no tuviere ninguna de dicho género; y si se observa tambien esto cuando se ha legado simplemente un fundo?*

4. *Cuando el legado de género es útil, regularmente la eleccion corresponde al legatario.*

5. *Especiosa diferencia que habia antiguamente entre las varias especies de legados acerca de la facultad de elegir.*

6. *Si debe tener lugar aun la misma diferencia desde que empezó á ser igual la naturaleza de todos los legados?*

7. *En qué casos corresponde la eleccion al heredero, á pesar de no haberlo espresado el testador?*

8. *En nuestro caso no es enteramente libre la eleccion.*

1. Es este lugar de mucha importancia y difícil. En primer lugar debemos advertir que nuestros autores llaman género todo aquello que bajo un nombre comun comprende muchas cosas; y tambien aquello que los lógicos llaman especies negando que sean géneros; tales como son, por ejemplo, un hombre, un caballo, un buey. Especie llaman nuestros doctores á aquello que los lógicos llaman individuo, y defienden que no es especie; como, Estico, este caballo, este buey. En esto siguen los nuestros el modo comun de hablar; por ejemplo, cuando dicen que en el mútuo no se restituye la misma especie sino el mismo género, en vez de lo cual en las escuelas se diria no el mismo género, sino la misma especie. Aun mas, segun algunos filósofos los que se dicen individuos son en realidad géneros, aunque ínfimos, y los mismos individuos son especies, á saber, especialísimas, como que son llamadas así por el mismo Aristóteles *l. 2. philosoph. c. 3. y lib. 3. c. 4. lib. 1. de part. anim. cap. 4.*

2 Debe tambien advertirse que no todo legado de género vale. Los intérpretes excluyen en primer lugar y con razon los géneros máximos y subalternos, como si uno legare simplemente una cosa, un cuerpo, un animal; porque en esto hay una infinidad; de suerte que el heredero puede librarse dando la cosa de menos valor de aquel género, y hasta la mas pequeña del mundo segun hablan vulgarmente. En seguida en el género ínfimo, que segun dijimos es llamado especie ínfima en las escuelas, distinguen, y tambien con razon entre las varias cosas en dicho género comprendidas; de suerte que si son tales que tengan una determinacion cierta por la naturaleza; como, un hombre, un caballo, un buey, vale el legado general de dichas cosas, *l. 13. l. 37. in p. l. 108. §. 2. de leg. 1. l. 25. §. 17. fam. erc.* (a); mas si no están determinadas por la naturaleza; como, un fundo, una casa (las cuales no son constituidas por la naturaleza sino por la voluntad del hombre, *l. 24. §. 3. de leg. 1. l. 60. de verb. sign.*) convienen todos en que si el testador no tuviere ninguna casa ó fundo, en virtud del simple legado de estas cosas nada se debe, siendo mas bien irrisorio que útil dicho legado, *l. 71. de leg. 1. l. 69. §. 4. de jur. dot. l. 115. in pr. de verb. obl.* (b) puesto que en cuanto á la utilidad se diferencia en muy poco ó en nada del anterior, ó, segun yo pienso, porque legadas simplemente estas cosas sin que el testador haya dejado ninguna de dicho género, es tanta la incertidumbre, que no puede fijarse de ningun modo qué es lo que ha de prestarse, y por lo tanto debe considerarse lo mismo que si el legado fuese desconocido, *d. l. 69. §. 4.* Pero si el testador tuviere algunos fundos ó casas, legada simplemente una casa, convienen todos en que se debe una de las que el testador dejó; habiendo sobre esto un texto espreso en *d. l. 71. in pr.* (c). Pero si hubiere legado un fundo en general, piensan unos que en este caso no vale el legado mas de lo que valdria si el testador no hubiese tenido fundo ninguno; y otros que es tan útil el legado del fundo como el de la casa, debiéndose entregar uno de los varios que tuvo el testador. Favorece á los primeros lo que en general se dice de que cuando no se ha demostrado el fundo no hay legado ni estipulacion ninguna, *d. l. 69. §. 4. d. l. 115. in pr.*; y á estos el ejemplo de las casas legadas, *d. l. 71. de leg. 1.*, la razon del cual parece ser enteramente igual á la del legado del fundo, *arg. d. l. 24. §. pen. de leg. 1.*; y además el que cuando el testador lega en general alguna cosa debe creerse que ha hablado de las suyas, segun se responde del caso en que uno hubiere condenado al heredero á dar vino, aceite, trigo, sin señalar la cantidad, lo cual debe entenderse del mismo modo que el testador hubiese legado su vino, aceite ó trigo, es decir, todo lo que de dichos géneros tuviese, *l. 7. de trit. vin. ol. leg.* Con cuya opinion, que es la de Pedro de Bellaperta, en *d. l. 115.* yo me conformo, aunque muchos sigan la contraria. Véase á Donelo en *d. l. 115. §. 13. y sig.* en donde enseña tambien que no siempre se observa lo mismo en el caso propuesto en el legado y en la estipulacion, la verdad de lo cual aparece de la sola comparacion de las leyes *7. de trit. vin. ol. leg.* y la *l. 94. de verb. obl.* Aun mas: aun cuando el

(a) L. 23. tit. 9. P. 6.

(b) D. l. 23. vers. *Pero*.

(c) D. l. 23. vers. *Pero*.

testador no tuviere ninguna casa ó fundo, por la equidad del derecho canónico, y por la probable intencion del difunto debe sostenerse el simple legado de estas cosas, y determinarse lo que ha de prestarse tomando por norma las facultades del difunto, y la dignidad, amor ó parentesco del legatario, segun piensa Gomez 1. *res.* 12. *núm.* 10.

4 *Electio legatarii est.*) Cuando es útil el legado de género, la eleccion no corresponde al heredero, sino al legatario segun se dice aquí y la *l.* 2. §. 1. *de opt. leg.*; y lo mismo sucede cuando se han legado dos cosas disyuntivamente como, *Estico ó Pánfilo, l.* 34. §. *pen. de leg.* 1. *l.* 19. *l.* 25. *eod.* 2.; ó si de dos ó mas cosas espresas hubiere el testador legado una, como si el testador hubiere dicho: *Doy, lego á Ticio uno de mis dos siervos, l.* 20. *de leg.* 1. Los casos que se proponen en la *l.* 52. §. 1. y en la *l.* 59. §. 6. *eod.* son diferentes. Con todo, se añade aquí esta escepcion, *á no ser que el testador hubiere dicho otra cosa*; á la que debe añadirse esta otra: *á no ser que el testador hubiere dirigido la palabra al heredero,* si no preferimos decir que esta viene comprendida en las palabras de la primera.

5. Aun cuando, empero, nada haya dicho el testador, aun entonces debe procederse con mucha cautela en lo que aquí se dice simplemente por Justiniano que en el legado de género la eleccion corresponde al legatario. Por derecho antiguo, cuando se trataba del derecho de elegir en el legado de género ó en el disyuntivo de dos cosas, se hacia diferencia entre las varias especies de legados. En el legado de vindicacion se concedia la eleccion al legatario, y en el de damnacion al heredero, de cuya diferencia tenemos claras pruebas en la *l.* 34. §. *pen. l.* 48. §. 1. *l.* 110. *de leg.* 1. Esto pareció exigirlo la voluntad del testador á una con la razon del derecho. La voluntad del testador, pues que este en el legado de vindicacion dirige la palabra al legatario, dándole, legándole, mandándole tomar ó tener para sí cierta cosa; mas en el de damnacion se dirige al heredero, condenándole ó mandándole que dé ó haga algo. La razon del derecho, porque aquel á quien se habia legado una cosa por vindicacion, no solo podia pedirla por la accion personal del testamento, sino que tambien podia vindicarla y pedirla por la accion real. Es igual, empero, conceder á uno la eleccion ó la accion real; y esto es lo que da á entender Africano en la *l.* 108. §. 2. *de leg.* 1. cuando dice que la accion debe ser de aquel que tiene la facultad de escoger la accion que quiere entablar. Mas aquel á quien se habia dejado una cosa por damnacion, no podia vindicarla, sino tan solo entablar la accion personal del testamento, y reconvenir al heredero como á un deudor obligado en virtud de un cuasi contrato, por ejemplo, con esta fórmula: *Digo que debes darme un siervo*, ó bien: *Digo que debes darme Estico ó Pánfilo.* Así que la razon del derecho exigia que se concediese aquí la eleccion al heredero, á ejemplo de los demás deudores, á quienes regularmente se concede la eleccion en la deuda de un género, ó en la alternativa, §. 33. *vers. huic. autem. inf. de act. l.* 10. *in fin. de jur. dot. l.* 75. §. 8. *de verb. obl.*

6. Mas se pregunta si hoy dia debe tenerse en cuenta semejante distincion; pues desde que Justiniano quitó toda diferencia entre las varias especies de legados, y los igualó todos, de modo que en virtud de todos ellos, *l.* 1. *C. comm. de leg.* concedió la accion real, de la cual parece que es una consecuencia el derecho de elegir, *d. l.* 108. §. 2. *de leg.* 1. pensaron muchos que la eleccion corresponde en todos casos al legatario, sin que deba ya deducirse del modo de legar. Pero yo respeto la opinion de aquellos que niegan que deba dicha equiparacion de los legados hacerse extensiva al efecto de que aquí tratamos; puesto que siempre, segun ya advertí mas arriba, debe aquella entenderse de modo que nada se admita contra la voluntad del testador. No puede, empero, el testador declarar con mayor claridad su voluntad de dar la eleccion al legatario ó al heredero que mandando á esté que dé la cosa, ó á aquel que la vindique; pues en este caso, cuando, segun dicen, dirige las palabras ejecutivas al legatario da á entender clarísimamente que le concede tambien la facultad de elegir; y en aquel, al dirigir las mismas palabras al heredero, manifiesta por el contrario, que deja al arbitrio del mismo la cosa que quiera dar. Así pues, si el testador hubiere legado de este modo: *Condeno á mi heredero á dar un siervo,* ó bien alternativamente así: *Mando á mi heredero que dé el siervo Estico o Pánfilo*; en semejentes legados dirémos que aun actualmente debe concederse la eleccion al heredero, á pesar de la referida equiparacion. En efecto, nada hay mas repugnante á la razon que el conceder la eleccion al legatario en aquellos en que el testador la dá manifestamente al heredero. Por lo que, no deberá darse al legatario la vindicacion antes que el heredero haya manifestado cual es la cosa que quiere dar de entre las del género, ó de las legadas alternativamente; y esta es la opinion que conformes con la Glosa siguen Bart, y los Do-

tores comunmente en la *l.* 25. *de leg.* 2. *l.* 17. *eod.* 1.; la cual admite Gomez, 2. *var. resol.* 11. *n.* 45.; como tambien el ilustre varon Covarruvias en el *cap. indicante. núm.* 5. X. *de testam.*

7. *Nisi aliud testator dixerit*). Debe entenderse que ha dicho otra cosa el testador, no solo cuando con palabras espresas concedió la eleccion al heredero, *l.* 12. *de opt. leg. l.* 84. §. 9. *de leg.* 1. *l.* 11. *in fin. eod.* 2., sino tambien cuando le dirigió las palabras ejecutivas, lo que sucede cuando se lega alguna cosa por damnacion, segun ya se ha dicho y demostrado; pues que como todo esto ha de deducirse de la voluntad del testador, no hay ninguna diferencia entre que haya declarado su voluntad por las palabras ó por el modo de legar. Pero aun en el caso en que el testador no hubiere dicho nada en contrario, es necesario proceder en esto con mucha cautela; pues que ni la regla de Justiniano pertenece á todas las cosas generalmente legadas, ni en aquellas á que pertenece es enteramente libre la eleccion del legatario. Debemos saber en primer lugar, que dicha regla solo pertenece á las cosas que de aquel género tuvo el testador; y si no tuvo ninguna, debe concederse mas la eleccion al heredero, que no dársela infinita al legatario, lo que no es probable que haya querido el testador con un gravámen tan grande del heredero, *arg. l.* 67. §. 8. *de leg.* 2. Y no hay duda en que lo que en la *l.* 5. *de trit. vin. ol. leg.* se dice espresamente de una cierta cantidad de vino, debe tambien hacerse extensivo á las demás cosas, y que ha de decirse lo mismo no solo cuando se ha legado una cierta cantidad, sino tambien cuando se ha legado un género; por ejemplo, un siervo, y el testador no dejó ninguno (a). Lo que se deduce tambien de que no puede competer al legatario la vindicacion de una cosa que no fué del testador, y es sabido que cuando dicha vindicacion cesa, no tiene lugar tampoco la eleccion, *d. l.* 108. §. 2. *de leg.* 1. Además, tampoco pertenece la referida á todas las cosas que de aquel género tuvo el testador, sino tan solo á los cuerpos ó especies, no á la cantidad, puesto que esta puede tomarse de cualquier parte y satisfacerse, *l.* 4. *de trit. leg. l.* 55. §. 1. *de aur. arg. leg.*; y porque legada la misma como á cantidad, no hay la eleccion de la accion, ni compete la vindicacion. Tambien cuando los cuerpos comprendidos en el género legado no están determinados por la naturaleza; como son, una casa, una nave, un fundo, corresponde la eleccion no al legatario, sino al heredero, quien dará á aquel la cosa que quisiere de las que de aquel género tuvo el testador. Acerca de la casa legada se halla esto establecido espresamente en la *l.* 71. *in pr. de leg.* 1. (b): por lo que no debe dudarse que se ha de observar lo mismo si se ha legado simplemente una nave ó un fundo, sentado lo que nosotros opinamos de que vale el legado de un fundo, si el testador tuvo algunos. La razon de esto no es la que dan vulgarmente de que se presume que el heredero sabrá mejor que cosa pensó dar el testador; pues esta razon no tiene lugar respecto de los herederos extraños, de los impúberos, de los furiosos, etc., y si fuese verdadera, deberia concederse siempre é indistintamente la eleccion al heredero; sino para que concediéndola en este caso al legatario, no se grave al heredero mas de lo que es creible que quiso el testador; cuya conjetura proviene de la ley, *l.* 67. §. 8. *de leg.* 2. En efecto, entre casas y casas, entre una nave y otra, entre uno y otro fundo, hay tanta diferencia, como entre Mántua y Roma, entre la mimbrera y el ciprés; por cuya causa cuando semejantes cosas se han legado en general, se considera inútil el legado, si el testador no tuvo ninguna de aquel género. Y esta es tambien la comun opinion de nuestros intérpretes, segun Gomez, quien la admite tambien, 2. *var. res.* 11. *n.* 9. La autoridad de las Pandectas Florentinas, en las que el *pr. de d. l.* 71. se lee así: *Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur hæredes quam vellet domum ex his quas testator habuit legatario dare*, me indujo á creer que competia la eleccion al legatario cuando se habia legado indistintamente una casa ú otra cualquier cosa de igual naturaleza; pero puede mas actualmente conmigo la concordancia de todos los demás ejemplares, en los que se lee constantemente, *cogetur hæres quam domum volet, etc.* por la razon alegada. El modo como se lee en las Pandectas Florentinas hace la oracion mas arrastrada. En la edicion de Haloandro se lee, *cogentur hæredes quam domum volent, etc.*, cuyo modo concede aun con mas evidencia que el vulgar la eleccion al heredero. Vinn. Pero mejor es que se conserve el modo como se lee en las Pandectas Florentinas, pues Haloandro escribió *volent* por su capricho, y la concordancia de todos los demás ejemplares no puede oponerse á las Pandectas Florentinas, fuente de todos ellos. Véase á Henr. Brenckmanæ, *Hist. Pand. lib.* 5. *cap.* 11. Asi pues,

(a) L. 23. tit. 9. P. 6.

(b) L. [illegible]

si el testador dejó muchas cosas del mismo género, corresponderá de todos modos la eleccion al legatario. Ni obsta la *l.* 37. §. 1. *de leg.* 1. pues que en ella mas bien se ha legado una especie cierta, que no un género. Finalmente, si bien es verdad que hay una presuncion de que el testador ha querido gravar lo menos posible al heredero, *l.* 67. §. 8. *de leg.* 2., hay con todo una presuncion mas vehemente en favor del legatario de que el testador quiso concederle la eleccion cuando no espresó una especie cierta. HEIN.

8. Por último, debe saberse que ni aun cuando se concede la eleccion al legatario, no se le da ilimitada y enteramente libre, de suerte que pueda elegir lo que quiera, aun lo mejor del género legado, como por ejemplo si se ha legado generalmente un hombre, que pueda elegir uno que sea autor; sino limitada de modo que no pueda escoger lo mejor, *l.* 37. *de leg.* 1. (a). De aqui se deduce que los antiguos siempre tuvieron por objeto en esta eleccion el no dar demasiado al legatario, ni el gravar escesivamente al heredero. En lo que no hay duda es, que si el testador hubiese hablado de cierto siervo ú otra cosa, y no se supiere de cual, compete la eleccion al heredero, *d. l.* 37. §. 1. *l.* 32. §. 1. *l.* 39. §. 6. *eod.*

« La *l.* 22. *tit.* 9. *p.* 6. declara válido el « legado que de un modo absoluto se deja « al arbitrio del heredero, aunque siempre « dependiente de la libre voluntad de este. « Semejante legado producirá el efecto, se« gun dice acertadamente el Sr. Marti de « Eixalá en sus *Elementos de Derecho civil*, « *tom.* 1. *pág.* 285, que llevado á efecto por « el heredero, podrá perjudicar legalmente « á los demás legatarios si se estuviere en el « caso de detraccion de la falcidia. »

TEXTO.

De optione legata.

23. Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem: et ideo nisi ipse legatarius vivus optasset, ad hæredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc in meliorem statum reformatum est, et data est licentia hæredi legatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii plures hæredes sint, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentium introducebant), fortunam esse hujus optionis judicem, et forte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione præcellat.

(a) L. 23. tit. 9. P. 6. vers. *Fueras ende.*

TRADUCCION.

Del legado de opcion.

El legado de opcion; esto es, cuando el testador habia mandado al legatario que eligiese de entre sus siervos ú otras cosas, tenia antiguamente en sí una condicion; y por lo tanto, á no ser que el mismo legatario hubiese elegido durante su vida, no transmitia el legado al heredero. Pero por nuestra constitucion reformamos tambien esto en mejor, y concedimos al heredero del legatario facultad de elegir el siervo, aun cuando el legatario no lo hubiere verificado durante su vida. Y habiendo examinado esto con mayor cuidado añadimos en nuestra constitucion, que ya sean muchos los legatarios á quienes se haya dejado la opcion, y disientan acerca de la eleccion de la cosa; ya haya muchos herederos de un mismo legatario, y disientan entre sí acerca de la eleccion, deseando cada cual elegir una cosa diferente, para que no se extinga el legado (que es lo que introducian muchos de los prudentes contra la benignidad) sea la fortuna el juez de esta opcion, y se dirima esto por la suerte; de modo que la voluntad de aquel á quien esta tocare prevalga en la eleccion (a).

NOTAS.

23. *Habebat in se conditionem*). Tácitamente; lo que sin embargo no se añadió por Teófilo, segun dicen falsamente algunos.

Constitutione nostra). Hállase esta constitucion en la *l. ult. C. comm. de leg.*

Sorte esse dirimendum). Muy frecuente fué entre los antiguos el uso de la suerte, *l.* 14. *de jud. l.* 5. *fam. erc. l.* 24 §. 14. *de fid. lib.*, á saber, cuando no puede esplicarse el negocio por medio de la voluntad; pues de otro modo no se encomienda la decision á la suerte, *l.* 8. *de pact.* §. 1. *sup. de satisd. tut. l.* 47. *in fin. pr. C. de episc. et cer.*

COMENTARIO.

1. *El legado de opcion es lo mismo que el de eleccion; pero es distinto del simple legado de género y del alternativo.*
2. *El legado de género y el alternativo, aunque con el derecho de elegir, no son lo mismo que el que se llama de opcion.*
3. *El legado de opcion llevaba antiguamente en sí mismo una condicion, la cual era inherente á la persona del legatario, de modo que no se transmitia al heredero.*
4. *Esplicase la* l. 75. §. pen. de leg. 1. *desechándose la interpretacion de Donelo.*
5. *Critícase la ligereza de Bacovio.*
6. *En la l. ult. C. comm. de leg. no se dispone nada acerca de la transmision del derecho de optar, solo se mezclan inconsideradamente diversos casos.*

(a) L. 26. tit. 9. P. 6.

7. *Fué frecuente entre los antiguos la decision de las cosas por medio de la suerte.*

1. Algunos pensaron que el legado de opcion era diferente del de eleccion; pero esto es falso, y de la *l.* 5. *de leg.* 1. *l.* 1. *l.* 2. *in pr. y* §. *ult. l.* 4. *l.* 8. *in pr. y á cada paso en el tit. de opt. vel. elect. leg.* aparece que con entrambas palabras se significa una eleccion especial y solemne. Con todo, el legado de opcion ó eleccion es diferente del simple legado de género ó alternativo, *d. l.* 2. *in pr. y* §. 1. *l.* 9. §. 1. *d. tit.* Y no es una sola la diferencia que hay entre los mismos; pues en primer lugar en el legado de opcion la eleccion es solemne y espresa, mas en el legado de género ó en el alternativo, si bien viene comprendida tambien la eleccion, con todo no es solemne, sino tácita y simple. Además el legado de opcion siempre se dejaba por vindicacion, y el de género ó alternativo muchas veces por damnacion. De ahi es, que en el legado de opcion la eleccion es esencial, sin que pueda en ningun caso dejar de corresponder al legatario; mas en el legado de género y en el alternativo compete algunas veces al heredero, ya porque espresamente se le ha concedido, ya porque por la forma de legar se le confiere tacitamente. Además, el legado de género es puro, y por consiguiente, si el legatario muriere antes de vindicarlo pasa al heredero del mismo, *l.* 12. §. *pen. quand. dies leg. cad.*; pero el de opcion tenia antiguamente la condicion de que debia optar el mismo legatario, segun dice aqui Justiniano, y en tanto era personal este derecho de optar, como que no podia transmitirse al heredero. Agrégase á esto que aquel á quien se ha legado un género no puede elegir lo mejor de dicho género, *l.* 37 *de leg.* 1. como puede hacerlo aquel á aquien se ha legado la opcion, *l.* 9. §. 1. *de dol, mal.* Grocio, 2. *manuduct. cap.* 22. escepto en el caso especial de la *l. ult. C. comm. de leg.* Por último, la opcion solemne se cuenta entre los actos legitimos, *l.* 77. *de reg. jur.* á los cuales no puede en verdad referirse la simple eleccion que corresponde en virtud del legado de género. Es verdad que en *d. tit. de opt. leg.* se encuentran varios pasajes en los que se trata de cuando se ha legado un género á quien ha de concederse la eleccion, como en la *l.* 2. §. 1. y en la *l.* 12. §. 10; pero no podia menos de suceder asi á causa de la afinidad que el uno de estos legados tiene con el otro. En efecto, en entrambos hay eleccion, conviniendo en que en ellos tan solo puede optarse ó elegirse una vez, *l.* 5. *de leg.* 1. *l.* 20 *de opt. leg.*; *véase la l.* 84. §. 9. *de leg.* 1. *l.* 11. *in. fin. eod.* 2. tambien en que en entrambos legados se considera dejada la cosa en cierto modo bajo de condicion, *l.* 5. *qui et á quib. man.*; y en que han de ponerse de manifiesto todas las cosas cuya opcion ó género se ha legado, *l.* 4. *de opt. leg. l.* 3. §. 6. *ad. exhib.*

2. Aun mas: aun cuando en el legado de género ó alternativo se haya dejado espresamente al legatario la facultad de elegir, por ejemplo si el testador hubiere dicho: *Doy, lego á Ticio el siervo que quisiere*; ó bien: *esto ó aquello, lo que eligiere*, no pienso que se haya por este legado la opcion; sino que tambien deberá este considerarse un simple legado de género ó alternativo, *arg. l.* 19. *de opt. leg.*, pues se dice propiamente que se ha legado la opcion, cuando se lega espresamente la misma eleccion; por ejemplo, si el testador dijere: *Doy, lego á Ticio la opcion de mis siervos*, en cuyo caso está establecido en la *l.* 1. *eod.* que puede elegir tres siervos; ó bien de este modo: *Elija Ticio el siervo mio que quiera*; ó así: *Elija y tenga para sí el vaso que quisiere de los mios.* Juliano en la *l.* 10. *eod.* tomó la palabra *opcion* en un sentido general por cualquiera eleccion.

3. *Habebat in se conditionem*). Tácitamente. Los antiguos, segun refiere aqui Justiniano, creian que el legado de opcion llevaba inherente esta condicion, *si el legatario optare*; la cual, aunque era tácita, y aunque esta clase de condiciones no acostumbran hacer condicionales los legados, *l.* 99. *de cond. et dem.* con todo, como que parecia provenir de la voluntad del testador tiene la misma fuerza y efecto que producen las demás condiciones; es decir, que hacia condicional el legado. Esta condicion, empero, del legado como inherente á la persona, no podia cumplirse por otro que por el mismo legatario, y por consiguiente el derecho de elegir era personal en el legado de opcion, por lo que no podia transferirse al heredero del muerto antes de la eleccion del legatario.

4. No obsta la *l.* 75. *pen de leg.* 1. en donde Ulpiano dice: *Si uno despues de haber estipulado Estico ó diez, lo que yo quisiere, hubiere legado lo que se le debia, su heredero estará obligado á ceder la accion al legatario quien tendrá la eleccion para reclamar los diez ó Estico*; pues, segun mas arriba dijimos, el legado de género ó alternativo, aunque con el derecho de elegir, no es lo mismo ni de una naturaleza enteramente igual á la del legado que se llama de opcion en especie. En semejante legado, *esto ó aquello, lo que eligiere*, si bien la eleccion es

personal, pero lo es de modo que esté inherente al siervo ó al hijo. *l.* 76. *de verb. obl.*, mas no de suerte que muerto el legatario, despues de haber cedido el dia del legado no se transmita el derecho de eleccion al heredero en caso de no haber aquel elegido nada, pues que en la *l.* 19. *de opt. leg.* se dice espresamente por Paulo que se transmite; sin que entre semejante legado y una estipulacion del mismo género haya diferencia ninguna. Si, empero, hubiere yo estipulado esto ó aquello, lo que quisiere; la obligacion pasa á los herederos si yo muriere antes de la eleccion, segun responde el mismo Paulo en la *l.* 76. *de verb. obl.* Ni debe admitirse lo que en *d. l.* piensa Donelo de que la obligacion pasa, mas no así la eleccion, por cuya causa le reprende tambien Bacovio aqui; pues refuta dicha opinion de Donelo ya el mismo lugar, ya claramente el caso poco antes propuesto en *d. l.* 75. §. *pen. de leg.* 1. En efecto, á no ser que supongamos que á una con la obligacion se transfirió al heredero el derecho de elegir, que en virtud de la estipulacion adquirió el testador, el heredero no pudo transferir el referido derecho al legatario por medio de la cesion de la accion, puesto que ni él mismo lo tuvo.

5. Ligeramente, empero, distingue Bacovio en la cuestion propuesta el derecho de eleccion adquirido en virtud de contrato, del mismo derecho deferido por testamento, como que en aquel no impida la condicion que pase al heredero, y si en este; pues aunque es verdadero y muy sabido que el legado condicional, muerto el legatario estando pendiente la condicion, se extingue, y que no sucede esto en la estipulacion contraida bajo de condicion si el estipulante muere antes del cumplimiento de esta; sino que la esperanza de la obligacion se transmite al heredero, §. 2. *inf. de verb. obl. l.* 4. *l.* 5. §. 5. *quand. dies lèg. l.* 42. *de obl. et act.*, con todo, esta diferencia no pertenece á las condiciones que se imponen á las personas, tal como absolutamente es preciso que sea en la referida estipulacion si la hacemos condicion; á saber, la misma que en el legado de opcion, si el estipulante eligiere. Toda condicion impuesta á una persona cierta no sale de ella, y falta, á no sèr que se cumpliere en dicha persona, *l.* 44. *l.* 69. *de cond. et dem.* De aquí me parece que podemos deducir que no debe creerse ligeramente á aquellos que aseguran como cierto que en Paulo, en *d. l.* 19. *de opt. leg.* estaba escrito; *transmitti non placuit* y Triboniano, quitando la negacion, acomodó la respuesta de Paulo al derecho nuevo y á la constitucion de Justiniano en la *l. ult. C. comm. de leg*

6. *Ex constitutione nostra data est licentia hæredi legatarii optare*) (a). No sé hallar en donde Justiniano dispuso lo que dice aqui que estableció, á saber, que el legado de opcion se transmitiese al heredero del legatario que no optó. Todos los intérpretes entienden que esto fué en la *l. ult. C. comm. de leg.*; y á la verdad lo que luego se dice de dirimir por medio de la suerte la discordancia entre muchos herederos acerca de la eleccion, prueba que se habla aqui de dicha constitucion. Mas, y esto no lo advirtieron los intérpretes, en ella solo se dispone que si los herederos del legatario no convinieren entre sí acerca de la eleccion, se dirima la divergencia por medio de la suerte: pero nada absolutamente se dispone allí de la transmision á los herederos del legatario muerto antes de la eleccion, del derecho de optar, contra la razon del derecho antiguo. Por el contrario, la constitucion está escrita de tal modo que de ella no parece poder deducirse otra cosa sino que ya entre los antiguos se observaba, de que en el legado de opcion si el mismo legatario no elegia, se transmitia el derecho de optar á sus herederos; pues hace mencion de que entre los antiguos se dudó acerca de lo que debia observarse en caso que los varios legatarios á quienes se habia legado la opcion, ó los varios herederos de un mismo legatario disintintiesen en la eleccion; cuya duda fué ridicula si la eleccion fué meramente personal del legatario en el legado de opcion; esto es, si estuvo inherente á la persona del legatario de modo que no pasó á sus herederos. A esto no sé que decir, sino que parece que Triboniano mezcló inconsideradamente casos diferentes, y confundió ligeramente el caso de muchos legatarios que disputan acerca de la eleccion, con el de muchos herederos de un mismo legatario; y esta es tambien la opinion de Bacovio. VINN. Pero no parece posible tamaña negligencia en Triboniano. De nuestro párrafo aparece que primeramente se dió una constitucion, y que en ella se dispuso que tambien los herederos del legatario pudiesen optar, y que luego, examinándose esto con mayor cuidado, se añadió algo á dicha constitucion. La primera constitucion inserta en el primer código pereció, y su adicion pasó al código *repetitæ prælectionis*, y se halla en la *l. ult. C. comm. de leg.* Ni debe producir alguna dificultad que el Triboniano proponga alli un caso en que los herederos del legatario disintieron en la eleccion: pues que semejante

(a) L. 26. tit. 9. P. 6.

caso pudo tener lugar tambien por derecho antiguo si el testador hubiese legado de este modo: *Doy, lego á Ticio, ó muerto él á sus herederos, el siervo que eligieren*. Asi pues, de *d. l. ult.* no se sigue que ya antes de Justiniano hubiesen los herederos del legatario tenido el derecho de optar. HEIC.

Optare servum). Lo que se dice aqui del siervo debemos considerarlo dicho por via de ejemplo, y que pertenece á cualquiera cosa cuya opcion se haya legado, *d. l. ult. C. comm. de leg.* Así vemos á cada paso que en el legado de opcion solo se hace mencion de los siervos; y Papiniano en la *l.* 77. *de reg. jur.* refiere la opcion del siervo entre los actos lejítimos; no porque no sucediese lo mismo en el legado de opcion de las demás cosas, sino porque solia legarse con mas frecuencia la opcion de los siervos que la de las demás cosas; por lo que eran consultados los jurisconsultos acerca de él, y del mismo escribian, segun aparece de todo el titulo *de opt. leg.*

7. *Sorte hoc esse dirimendum*). Si varios legatarios, ó los herederos de uno solo disintiesen en la eleccion, está dispuesto en *d. l. ult. C. comm. de leg.* que se designe uno por la suerte para que opte, y que los demás deban acatar por válida su eleccion. Muy frecuente fué ya entre los antiguos el juicio de la suerte y de la fortuna segun se deduce de varias respuestas de los jurisconsultos, *l.* 44. *de jud. l.* 24. §. 17. *de fid. lib.*, aunque casi nunca, cuando el negocio puede esplicarse por la voluntad, sobre lo que hablamos en el *lib.* 4. *select. quæst. c.* 55.

TEXTO.

Quibus legari potest.

21. Legare autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est.

TRADUCCION.

A quienes puede legarse.

Solo, empero, puede legarse á aquellos con quienes es la testamentifaccion

COMENTARIO.

Pasa aquí el emperador á la segunda parte principal de este título, en la cual se trata de las personas á quienes puede legarse; sentando desde el principio por regla que solo puede legarse á aquellos con quienes se tiene la testamentifaccion. No dice, aquellos que tienen la testamentifaccion, pues que de este modo solo se significan aquellos que pueden hacer testamento, segun manifestamos mas arriba en el §. 6. *de test. ord.*, sino aquellos con quienes se tiene la testamentifaccion, significándose de este modo aquellos que no pueden hacer testamento, pero que pueden adquirir en virtud del ageno. Quienes sean estos se manifiesta en el §. 4. *del tit. prec.*; y de los que no pueden adquirir, se ha tratado al hablar de la institucion de heredero. Antiguamente habia en esta parte alguna diferencia entre los legados y los fideicomisos, pudiendo dejarse estos últimos á aquellos incapaces á quienes no podia legarse por causa de su condicion de libertinos, ó por las leyes, Voconia, Julia, Papia, ú otras por las que se les prohibia que adquiriesen nada, ó á lo menos el todo, sobre lo que quizás nos estendamos mas *inf. de fid. hær.* Bástenos por ahora saber que, derogadas estas leyes y diferencias de los incapaces, no queda ya en esta materia distincion ninguna entre los legados y los fideicomisos.

« En España pueden dejarse legados á todos aquellos á quienes puede instituirse herederos. »

TEXTO.

Jus antiquum de incertis personis.

25. Incertis verò personis neque legata nequefideicomissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat, *Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato.* Illud quoque, quod his relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æquè incertæ personæ legari videbatur: et denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari: quia placebat, nominatim servos liberari. Sub certa verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur: veluti, *Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato.* Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta, et per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

TRADUCCION.

Derecho antiguo acerca las personas inciertas.

A las personas inciertas, empero, antiguamente no podian dejárseles ni legados ni fideicomisos; pues ni el militar podia dejarlos á una persona incierta, segun estableció el emperador Adriano. Y se consideraba persona incierta aquella que el testador designaba con incierta deliberacion; por ejemplo, si uno dijere así: A cualquie-

quiera que diere á su hija en matrimonio á mi hijo déle mi heredero aquel fundo. *Tambien se consideraba legado á una persona incierta aquello que se dejaba á los primeros que fuesen nombrados cónsules despues de hecho el testamento; y por último, otros muchos casos semejantes. Tampoco se consideraba que pudiese darse la libertad á una persona incierta, porque se queria que se libertase á los siervos espresamente. Podia, empero, legarse con una demostracion cierta, esto es, á una persona incierta de entre varias de ciertas, como:* A aquel de mis cognados que actualmente existen, que se casare con mi hija, déle mi heredero tal cosa. *Mas estaba dispuesto por las constituciones imperiales que no pudiesen repetirse los legados y fideicomisos que se habian dejado á personas inciertas y que se habian pagado por error.*

NOTAS.

25. *Incertis personis*. Con todo, se observó que valiesen los legados hechos á los pobres, *l.* 24. *C. de episc. et cler.*; á las ciudades, *l.* 16. *ad SC. Treb. l.* 22. *de leg.* 1 y á las corporaciones y colegios lícitos, *l.* 12. *C. de hær. inst. l.* 1. §. 15. *ad. Treb.*

COMENTARIO.

1 *Expónense algunos lugares de los que falsamente deducen algunos que ya antiguamente pudo dejarse la herencia ó un legado á las personas inciertas.*
2. *De los legados hechos á las ciudades, municipios, colegios y pobres.*
3. *Porqué razon no podia repetirse aquello que habiéndose dejado á una persona incierta se habia satisfecho por error.*

A una persona incierta no podia antiguamente dejársele ni la herencia, ni un legado, ni un fideicomiso, Ulp. *tit.* 22. §. 3. *y tit.* 24. §. 18. Paulo 3. *sent.* 6. siendo la razon de esto, segun Ulpiano, *d. tit.* 22. §. 3. porque la voluntad del testador debe ser cierta; pues los antiguos interpretaron aquellas palabras de la ley de las doce Tablas, *Uti quisque legassit,* por todo aquello que cada cual estableciese con su cierto consejo y entero juicio. El dejar, empero, la herencia y los bienes, adquiridos muchas veces a costa de grandes trabajos, á una persona incierta, lejos de ser de un hombre de entero juicio, parece mas bien una especie de demencia.

1. No es contrario á esto lo que escribe Marciano, de que es útil un legado como el siguiente: *Dé mi heredero diez á aquellos que sellaren mi testamento, l.* 14. *de reb. dub.*; pues lo que se lega a los selladores ó testigos futuros no se considera que se deje á personas inciertas sino ciertas; pues aun cuando son inciertos y desconocidos para el testador cuando este escribe su voluntad privada, con todo no pueden dejar de ser ciertos en aquel tiempo en que se dice propiamente que se hace el testamento, es decir, cuando se celebran las solemnidades, á las que no pueden concurrir los testigos sino á sabiendas del testador, y siendo rogados por él mismo. No obsta tampoco la *l.* 62. §. 1. *de hær. inst.*, pues en ella se trata espresamente de la institucion de una persona cierta, á la que el testador designó por su propio nombre; sino que como eran varios los amigos que del mismo nombre tenia el testador, no se sabia de cual habia hablado: en cuyo caso es necesario que se admita la prueba de la voluntad, debiendo ser admitido aquel que probare que habló de el el difunto. *arg. l.* 33. §. 1. *de cond. et dem.*; aunque nadie dude que toda aquella escepcion; *á no ser que de otras pruebas evidentísimas apareciere de qué persona habló el testador*, fué añadida por Triboniano á la respuesta del jurisconsulto. Véase á Antonio Fadro 5. *conj.* 19. Mas parece obstar la *l.* 5. *de reb. dub.* A ella responde Donelo que allí se propone un legado ó fideicomiso dejado si á una persona incierta, pero de entre varias ciertas; lo que ya antiguamente fué lícito, segun diremos luego; puesto que aquellas palabras del fideicomiso, *ya alguno otro me hubiere conseguido la restitucion*, deben interpretarse con Juliano y Cayo de algun otro de los amigos de que no hizo mencion el testador. Otros piensan que se debe igualmente el fideicomiso aunque fuese cualquier otro el que hubiese procurado que fuese restituido el testador, como que se haya dado aquel en recompensa del beneficio que se espera.

2. De aquí provino el que ni las ciudades, ni los municipios, ni los colegios pudiesen ser instituidos herederos ni adquirir legados, *Ulp. d. tit.* 22. §. 4. Plinio en el *lib.* 5. *epist:* 7. *á Calvisio* dice: *Es sabido que la república no puede ser instituida heredera, ni percibir.* Sin embargo, posteriormente se permitió que estas corporaciones pudiesen adquirir, y esto ya en tiempo de la jurisprudencia media, *l.* 32. *in fin. l.* 73. §. 1. *l.* 117. *l.* 122. *de leg.* 1. *l.* 20. *de reb. dub. l.* 26. *ad. treb.* Nerva fué el primero que introdujo esto, que posteriormente fué mas cuidadosamente establecido por el senado á propuesta de Adriano. Ulp. *tit.* 24. §. 28. Paulo en *d. l.* 20. lo atribuye á Marco, pero es muy fácil en los autores una equivocacion en los nombres propios. Por último, tambien se concedió que las ciudades y municipios pudiesen ser instituidos herederos, *l.* 12. *C. de hær. inst.*; lo que en tiempo de Ulpiano y Paulo no se observaba aun, segun se deduce de los fragmentos del mismo Ulpiano *tit.* 22. §. 4. *y d.*

l. 26. *ad Treb.*; en cuyos lugares solo se dice que la herencia fideicomisaria se restituye á los municipios en virtud del senado-consulto Aproniano. En una razon igual se fundaba tambien el no valer lo que se dejaba á los pobres, lo cual se considera válido actualmente dándose á los obispos, ecónomos y hospitales el derecho y nombre de herederos: el nombre para que lo sean; y el derecho para que exijan las deudas, satisfagan á los acreedores hereditarios, y dividan lo legado entre los pobres, *l.* 24. *l.* 49. *y sig. C. de Episc. et Cler.* **Vinn.** No parece que Vinnio exponga con suficiente exactitud la historia de este derecho, pues aunque, insiguiendo á Ulpiano, piense que Nerva fué el primero que mudó el derecho antiguo; con todo, no puede esto conciliarse con el lugar de Plinio quien dice que en su tiempo no podian aun adquirir las repúblicas, y esto bajo el imperio de Trajano segun parece; pues en la misma epis. 7. lib. 5. hace mencion de su liberalidad y munificencia hácia los Novocomenses, la cual aparece que desmostró despues del consulado, segun se ve por una inscripcion en Grut. P. CCCCLIV. y MXX. VIII. El primer senado-consulto, pues, parece que permitió que las ciudades pudiesen aquirir fideicomisos, y esto bajo Adriano, siendo cónsul Apronio en el año 117 ó 123 de Cristo. Bajo el mismo se confirmaron los legados dejados á las ciudades. Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 28. hallándose un ejemplo de semejante legado en la *l.* 101. *de leg.* 3. Posteriormente, el emperador Marco hizo estensivo este derecho á los colegios, *l.* 20 *de reb. dub.* y hasta á las aldeas, *l.* 73. §. 1. *de leg.* 1. Por último, de la *l.* 121. *de leg.* 1. deducimos que no solo por la constitucion de Tracia pudieron ser instituidas herederas las ciudades, *l.* 12. *C. de hær. inst.*, sino ya en los tiempos de Paulo, esto es, en los de Severo y Caracalla. **Hein.**

Quam incerta opinione). Llámase aqui persona incierta aquella que el testador designa como á ciegas; esto es, no estando su intencion ni pensamiento circunscrito á límites ningunos, y como divagando en lo infinito; pues si su pensamiento se limita á un cierto número de personas á todas las que conoció, la incertidumbre de la persona del legatario no vicia el legado, como demuestran los ejemplos propuestos.

Libertas quoque incertæ personæ). Poco antes dijo que el militar podia dejar un legado ó fideicomiso á una persona incierta, á pesar de que los testamentos de los militares no estaban sugetos á ninguna sutileza del derecho civil, una de las cuales fué el no poder legarse á una persona incierta. Ahora pone otra ampliacion del mismo derecho; á saber, que ni la libertad, á la que siempre se favoreció en gran manera, podia darse á una persona incierta, dando por razon *que se queria que se libertase á los siervos espresamente*; lo que parece que se dispuso por la ley Fusia Caninia, Ulp. *tit.* 1. §. *últ.*

Sub certa vero demonstratione). Ya antiguamente fué lícito legar á una persona incierta de entre un cierto órden ó número de personas bajo una demostracion cierta; por ejemplo: *Dé mi heredero tal cosa á aquel de mis colegas actuales, ó á aquel de mis parientes que viniere primero á mis funerales ó que se casare con mi hija.* Ulp. *tit.* 24. §. 18. Y debe advertirse que en el ejemplo propuesto se añade espresamente á la demostracion la palabra actuales; de lo contrario seria aun incierta la demostracion.

5. *Per errorem soluta repeti non posse*). Este lugar confirma lo que antes dijimos de que el no poderse legar á una persona incierta proviene de una sutileza del derecho civil; pues que la razon natural no impide que mande, por ejemplo, á mi heredero que dé alguna cosa á aquel que en lo sucesivo se case con mi hija. Asi es que ya antiguamente nacia de semejante legado una deuda natural; esto es, que el heredero en virtud del mismo, quedaba naturalmente obligado, siendo esta la causa de haberse dispuesto en las constituciones de los emperadores que no pudiese repetirse aquello que habiendo sido legado á una persona incierta, habia sido pagado por error, pues que un efecto indubitable de la obligacion natural por derecho civil es que impida la repeticion de aquello que por dicha causa se ha pagado, *l.* 13. *y.* 19. *de cond. ind. l.* 10. *de obl. et act.* Crist. *vol.* 4. *dec.* 50. *num.* 4.; equivocándose por lo tanto manifestamente Pacio al limitar este lugar á los legados que se dejan por causas piadosas, en cuyo error no incurrió Minsingero como falsamente piensa Bacovio. «En España si el testador dejare sus bienes á los pobres de alguna ciudad «deberán dividirse entre aquellos que se hallaren en los hospitales, siendo preferidos «los que padecen una enfermedad tal que no «pueden salir de ellos. Pero si el testador hubiere llamado á los pobres en general, de«berán entonces los bienes dividirse entre «aquellos que son naturales del lugar en que «ha sido hecho el testamento, *l.* 20. *tit.* 3. «*p.* 6. Con todo, Greg. Lopez en la *glosa* 7. «de dicha ley pone la condicion de que el «testador en este último caso tenga allí su «domicilio.»

TEXTO.

Jus antiquum de posthumo alieno.

26. Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos hæredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.

TRADUCCION.

Derecho antiguo acerca del póstumo ageno.

Tampoco podia legarse antes á un póstumo ageno. Es póstumo ageno aquel que si fuese nacido no se hallaria entre los herederos suyos del testador; y por lo tanto el nieto concebido del hijo emancipado era un póstumo estraño respecto del abuelo.

NOTAS.

26. *Ex emancipato filio conceptus*). Varias son las especies, y varios tambien los grados de los póstumos agenos: Véase á Cuyacio.

COMENTARIO.

1. *Los póstumos son semejantes á las personas inciertas, aunque no se consideran en todo de igual condicion.*
2. *Quiénes son los póstumos agenos, y sus diversas especies.*

1. Aquellos que están en el útero, ó sea los póstumos, tanto los agenos como los suyos, siempre se consideraron respecto de la herencia como nacidos, y capaces de la herencia que se les defiere ab intestato, *l. pen. de stat. hom. l. pen. de leg.* 1. mas en las herencias testamentarias y en los legados ningun póstumo se reputó en un principio por nacido á causa de aquellas palabras de la ley de las doce tablas, *uti quisque legassit, etc.*, que segun dijimos, fueron interpretadas por los prudentes por todo aquello que uno dispuso con cierto consejo y juicio deliberado. En efecto, siendo todos los póstumos personas inciertas ó semejantes á ellas, pareció que se obraria contra la ley instituyéndolos herederos, dejándoles algun legado, como que esto no lo hiciese el testador con su cabal juicio, pues ignoraba aun si nacerian, cuales y cuantos. Poco á poco, empero, por la discusion del foro y no sin una grande razon se introdujo que pudiesen los póstumos suyos ser instituidos herederos, y adquirir legados por testamento. Acerca de los póstumos agenos, nada se mudó por la interpretacion de los prudentes, sobre lo que disputamos latamente en el §. 2. *sup. de exhær. lib.* Mas no en todo fué igual la condicion de los póstumos agenos, y la de las personas inciertas, segun se deduce de que al póstumo ageno podia dejársele útilmente un fideicomiso, *l.* 5. *in fin de reb. dub.* 1. 2. *de. jur. cod.*, no á las demás personas inciertas. Y en verdad, no es el póstumo enteramente igual á aquella persona que el testador nombra á ciegas ó inciertamente, sino que mas bien es en cierta manera semejante á aquellos á quienes nunca vimos, los que pueden tambien ser instituidos herederos §. *ult. sub. de hær. inst.* Sin embargo, á lo que dice aqui Justiniano de que al póstumo ageno no podia legársele por derecho antiguo, obsta la *l.* 6. *de reb. dub.*; pues al fin de la ley 5 precedente se propone uno á quien se ha rogado que restituya la herencia á un póstumo suyo ó ageno, y luego despues en la siguiente ley 6., un póstumo instituido heredero ó á quien se ha dejado un legado. A esto respondo, que dichos lugares son de diversos autores, y que por lo tanto no es necesario que lo que en el uno se dice del póstumo suyo ó ageno á quien se ha mandado que se restituya la herencia, se repita en el otro en el que se propone simplemente un póstumo instituido heredero, ó á quien se ha dejado un legado; no preguntándose tampoco en el lugar citado si se tiene la testamentifaccion con el póstumo y con cual, sino si y cuando hace parte el póstumo.

2. *Inter suos hæredes testatori futuros non est.*) El póstumo suyo y el ageno se oponen entre sí de suerte que se llama del primer modo aquel que si naciese durante la vida del testador estaria en su potestad y tendria el primer grado en su familia, en una palabra, naceria heredero suyo del testador: tal es aquel que está en el útero de la mujer del testador, ó en el de la mujer del hijo de este premuerto ó emancipado despues de la concepcion, §. *pen. sub. de tut.* §. 2. *tit. præc.* Póstumos agenos son todos los que si naciesen durante la vida del testador no nacerian en su potestad ó familia, ó no tendrian en esta el primer grado; en una palabra, que no nacerian herederos suyos. De estos son varias las especies, y diversos tambien los grados En primer lugar, es póstumo ageno respecto del abuelo el nieto nacido del hijo que vive aun y está en la potestad del abuelo, pues mientras el hijo permanece en la familia, el nieto no se hace heredero suyo del abuelo, §. 2. *sup. de exhær lib. d.* §. 2. *præc. tit.* §. 2. *de hær. ab. int.* Pero como puede suceder alguna vez que este nieto póstumo nazca heredero suyo del testador, por ejemplo, si el

hijo faltare durante la vida de este; por esta razon se consideró hasta cierto punto por suyo, y pudo ser instituido heredero segun la fórmula de Galo, *l.* 29. *de lib. et posth.* Mas ageno póstumo es el nieto concebido de un hijo emancipado, *hoc. text.* en el que, por la causa ya dicha, solo se hace mencion del nieto póstumo: y tambien aquel que se halla en el útero de la mujer del hijo que está en la familia adoptiva, *l.* 1. §. 8. *de vent. in. poss. mitt.*; y aquel que se espera que nacerá de la hija del testador, §. *ult. sub. de patr. pot.* Finalmente, por la misma razon es póstumo ageno el póstumo de la madre, por ejemplo si abriendo el útero de esta fuere extraido, *l.* 6. *in fin. pr. de inoff test.* y respecto de la abuela aquel que se halla en el vientre de la hija, ó en el de la muger del hijo; y aun son mas agenos aquellos que han de nacer de los agnados ó cognados, *l. pen. de leg.* 1. *d. l.* 6. *de inoff. test.* Por último, son agenos en alto grado y del todo extraños aquellos que ni han de ser legítimos ni cognados, *l.* 6. *de ventr. in poss. mitt.* A todos ellos, empero, abraza la regla de Justiniano.

TEXTO.

Jus novum de personis incertis et posthumo alieno.

27. Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta, quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam et huic parti medemur, non solùm in hæreditatibus, sed etiam in legatis et fideicomissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.

TRADUCCION.

Derecho nuevo acerca de las personas inciertas y del póstumo ageno.

Pero ni esto se ha dejado enteramente sin una justa enmienda, pues que en nuestro código se ha puesto una constitucion por la cual remediamos esto, no solo en las herencias, sino tambien en los legados y fideicomisos, lo que aparece evidentemente de la lectura de la misma constitucion. El tutor, empero, segun nuestra constitucion no debe nombrarse incierto, porque se debe disponer con un juicio delibera[illegible] [illegible] de la tutela de su posteridad.

NOTAS.

27. *In nostro codice constitutio*). No existe esta constitucion de Justiniano; mas de las palabras de este párrafo aparece que Justiniano dispuso que la incertidumbre de l. persona á quien se ha legado algo no vicie el legado, si, ó actualmente, ó en lo sucesivo, puede aparecer alguna certidumbre.

COMENTARIO.

Hujusmodi species sine justa emendatione). Es dudoso si debe esto referirse al caso de las personas inciertas de que trató antes, ó tan solo al póstumo ageno del que hizo mencion en el párrafo próximo anterior. Pero muy bien piensan muchos de los intérpretes que Justiniano habla en general de las personas inciertas, de las que ha tratado hasta aqui, y que dice que dispuso que tambien valiese el legado hecho á un póstumo ageno y á las demás personas inciertas que despues demostró un suceso posterior. Y esto se deduce bastante claramente de lo que se dice en el §. 25, que antiguamente no podia dejarse un legado á las personas inciertas, lo que seria ridículo el decirlo si ni actualmente fuese esto lícito en virtud de la constitucion de Justiniano; teniendo de esto otras pruebas evidentísimas en este mismo párrafo segun verémos en el decurso. Con todo, queda aun la duda sobre hasta que punto enmendó el derecho que expuso acerca de las personas inciertas; pues no dice que lo hubiese derogado enteramente, sino que no lo dejó del todo sin corregir. De las palabras de Justiniano nada mas podemos deducir, sino que dispuso en su constitucion que la incertidumbre de la persona á quien se ha legado algo no vicie el legado si por algun medio puede aparecer, ó actualmente, ó en lo sucesivo, alguna certidumbre. Sin embargo, no parece que deba siempre admitirse esto. ¿Pues qué sucederia si el evento se cumpliese despues de muerto, ó ignorándolo el testador, en aquellas personas, á quienes es verosímil que no les habria legado especialmente? Supóngase este legado: *Dé mi heredero ciento á aquel que diere en matrimonio su hija á mi hijo*: y que se la dió ignorándolo el testador uno que era enemigo suyo, que se habia portado muy mal con él, ó que era de una vida infame ó malvada. A la verdad, no pensaria que se debiese nada en virtud de este legado, ni aun actualmente despues de la constitucion de Justiniano. Con todo, podriamos establecer esto con mayor seguridad si existiese la constitucion á que se nos remite aqui; pero no se halla en el Código de que actualmente nos servimos. Es probable que seria griega, y que habiendo sido omitida por los copistas latinos, se perdió.

Non solum in hæreditatibus). Luego antiguamente las personas inciertas no podian ser instituidas herederos, lo que se encuentra espresamente escrito por Ulpiano en el *tit.* 22. §. 3. Acerca del póstumo ageno dice

el mismo Justiniano en el §. *sig.* que ya antes podia ser instituido heredero; aunque en *d. lug.* manifestarémos como debe entenderse esto.

Et fideicommissis). Acerca de los fideicomisos se dispuso á causa de las personas inciertas, §. 25. *sup eod.*, pues que al póstumo ageno ya antes se le podian dejar fideicomisos, segun se deduce de la *l.* 2. *de jur. eod. l.* 5. §. *ult. de reb. dub.* Y esta es una prueba cierta de que Justiniano, no solo habló del póstumo ageno sino tambien de las demás personas inciertas.

Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari). Este lugar manifiesta tambien ser verdad lo que dijimos que Justiniano en la constitucion de que hace mencion aquí corrigió el derecho respecto de los póstumos; pues de otra suerte malamente esceptuaria el tutor incierto. El haber, empero, esceptuado el tutor incierto, y el haber querido que respecto de él se observase el derecho antiguo, *l.* 20. *de test. tut.*, fué para la seguridad del pupilo, á quien interesa que las personas inciertas y desconocidas, de cuya fidelidad, diligencia y costumbres no pudo estar enterado el testador, no sean admitidos á la tutela, principalmente sin prestar caucion, de la que estan exentos los tutores testamentarios. A lo que puede añadirse que en la delacion de la tutela no hay utilidad ninguna que deba el tutor percibir por encargarse de ella.

TEXTO.

De posthumo alieno hærede instituto.

28. Posthumus autem alienus hæres institui et ante poterat, et nunc potest: nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.

TRADUCCION.

De la institucion de heredero de un póstumo ageno.

El póstumo ageno, empero, ya antes podia ser instituido heredero, y puede serlo actualmente, á no ser que esté en el útero de aquella que segun nuestro derecho no puede contraer matrimonio.

COMENTARIO.

1. *De qué modo debe entenderse lo que dice aqui Justiniano que ya antes el póstumo ageno podia ser instituido heredero?*
2. *Refútase á Alciato y Bacovio, que piensan que en este lugar falta la negacion.*

Aunque, segun mas arriba dije, se observaba que antes no podia legarse á un póstumo ageno, con todo se dice ahora aqui ya antiguamente pudo dicho póstumo ser instituido heredero. Esto, empero, no parece estar de acuerdo con lo que arriba dijimos acerca de la institucion inútil de un póstumo ageno, y de la correccion del derecho antiguo hecha tambien en esta parte por Justiniano; pues si ya antiguamente podia ser instituido heredero el póstumo ageno, ¿qué necesidad habia de añadir que tambien puede serlo actualmente? ¿Tal vez hizo esto porque por su constitucion confirmó el derecho antiguo? De ninguna manera, pues declara espresamente que mandó lo establecido por derecho antiguo acerca de las personas inciertas y póstumos agenos, aun respecto de las herencias, dando á entender que solo por su constitucion se hizo que pudiese el póstumo ageno ser instituido heredero. Pero debe saberse que por derecho civil ninguna de estas cosas valia en la persona del póstumo ageno, ya se le hubiese nombrado heredero, ya se le hubiese dejado un legado; pero que por derecho pretorio nada se disponia acerca de este último caso, al paso que segun el mismo derècho se sostenia la institucion del póstumo ageno como mas favorable y favorecia el pretor al instituido, dándole la posesion de bienes segun el testamento, *infr. de bon. poss. in. pr. l.* 5. *de inoff. test. l.* 1. §. 12. *de vent. in poss. mitt. l.* 3. *de bon. poss. sec. tab.* Por esta razon casi todos los intérpretes han tomado estas palabras de Justiniano, *et ante poterat*, *et nunc potest*, en el sentido de que antes podia por derecho pretorio, y actualmente tambien por derecho civil; á saber, en virtud de la constitucion de Justiniano; de modo que no pudiendo entrambas cosas entenderse de la misma especie del derecho, se entiendan de los mismos efectos de este, pues que por lo que hace á los efectos del testamento, poco importa que se ada la herencia en virtud del mismo, ó que se pida la posesion de bienes; lo que yo tengo por muy cierto. Ni obsta que Justiniano hable de la institucion de heredero, cuya palabra es propia del derecho civil, pues que debia hablar así para manifestar la diferencia que hay entre la institucion y los legados, de los cuales habia tratado antes. Y ¿qué es lo que impide que se diga hecha conforme á derecho aquella institucion que se sostiene por derecho pretorio? Y á la verdad, Ulpiano en *d. l.* 6. *de inoff. test. l.* 1. §. 12. *de vent. in pos mitt.* cuando al hablar del póstumo ageno dice que se le escribe ó instituye heredero, y que nacido lo es segun el testamen-



to no da á entender otra cosa sino que el póstumo ageno puede ser instituido heredero por derecho pretorio. Tambien el mismo Paulo dice simplemente que semejante institucion se hace conforme á derecho, *l.* 25. §. 4. *de lib. et posth:* cuyo caso pertenece tambien aquí, segun muy bien contra Cuyacio observó Antonio Fabro, 9. *conj.* 2.

2. Sin embargo, Bacovio contra el testimonio de todos los ejemplares y de las instituciones griegas piensa que en este lugar falta la negacion y que debe leerse, *Posthumus autem non alienus*, esto es, *suus*, lo que ya anteriormente habia intentado Alciato 9. *parerg.* 4. Pero demuestra claramente que se equivoca la escepcion que se pone en seguida, *á no ser que esté en el útero de aquella muger que por nuestro derecho no puede contraer matrimonio*; cuya escepcion debe necesariamente entenderse del póstumo ageno, ya sea del que está en el útero de aquella que absolutamente no puede contraer matrimonio, tales como las vestales, monjas ó religiosas que hicieron voto de perpétua castidad; ya de aquel que ha de nacer del testador y de una muger que no puede contraer matrimonio con el mismo, á causa, por ejemplo, del parentesco ó afinidad, ó de estar casada con otro; puesto que aquel que nace de semejante union durante la vida del testador no puede nacer en su potestad; siendo torpe esta institucion y *nula ipso jure*, *l.* 9. §. 1. *de lib. et posth.* Muy neciamente, empero, se esceptuaria el póstumo ageno, si lo que antecede no perteneciese al póstumo ageno sino tan solo al no ageno ó suyo. Así es que me admiro de lo que piensa Bacovio, que con dicha escepcion cree confirmarse aquella correccion suya y de Alciato. Por lo que hace á los demás argumentos de Bacovio, cualquiera que hubiere leido con detencion lo que acabamos de esplicar podrá responder á ellos fácilmente.

TEXTO.

De errore in nomine legatarii.

29. Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator erraverit, cum de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus servatur; et rectè. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.

TRADUCCION.

Del error en el nombre del legatario.

Si el testador hubiere errado en el nombre, cognombre, prenombre, ó agnombre del legatario, vale con todo el legado, con tal que conste la persona; y lo mismo se observa respecto de los herederos, y con razon; pues los nombres se han inventado con el fin de designar los hombres, quienes nada importa que se manifiesten de otro cualquier modo (a).

NOTAS.

29. *Cum de persona constat*). Esto es, con tal que la demostracion del testador sea cierto de qué persona habló. Y por una razon igual, aunque el testador hubiese errado en el nombre de la cosa legada; por ejemplo, si hubiere dicho el fundo Corneliano en vez del Semproniano, vale el legado, y se deberá el Semproniano, *l.* 4. *de leg.* 1. Lo contrario sucede si hubiere errado en el nombre apelativo de la cosa, por ejemplo, si queriendo legar un vestido hubiere dicho una alhaja, porque los nombres de las cosas son conformes á su naturaleza, públicos é inmutables, *d. l.* 4. *l.* 7. §. 2. *de suppel. leg.*

COMENTARIO.

1. *Esplícase con mas sutileza y cuidado que de costumbre la diferencia entre los nombres propios.*
2. y 3. *Porqué el error acerca del nombre del legatario no vicia el legado cuando consta la persona?*
3. *Tampoco el error acerca del nombre propio de la cosa legada vicia el legado, y porqué sucede lo contrario en el nombre apelativo?*
3. *Qué sucede cuando el testador dá un nombre diferente á la cosa que tiene delante de la vista?*

Pónese despues del tratado de las personas inciertas el del error en el nombre, como tambien el de la falsa demostracion y el de la falsa causa, porque estas cosas hacen tambien en cierto modo incierta la persona del legatario. Corresponde aquí el tit. de las Pandectas. *de cond. et dem.* y el del C. *de fals. caus. adj. leg.* y los dos sig. en los cuales véase á Tuldeno y Perez. Por nuestra parte esplicarémos tambien algunas cosas con mayor sutileza y detencion de lo que ellos lo hicieron.

1. *In nomine, cognomine, prænomine, agnomine.*) Tambien el emperador Gordiano espresó distintamente estos cuatro nombres, *l.* 4. *C. de test.* y el Gramático Charisio escribe así: *Los nombres propios se dividen en cuatro especies; el prenombre, el nombre, el cognombre y el agnombre, como Publio, Cornelio, Escipion, Africano. El*

(a) L. 9. tit. 9. P. 6. vers. *Pero*, y l. 28. d. tit. vers. *Pero* y sig.

prenombre es el que se antepone al nombre como Pulio. El nombre aquel que manifiesta el orígen de la familia, como Cornelio. El cognombre el que se pone despues del nombre, como Escipion, y el agnombre el que suele añadirse por alguna circunstancia extrínseca, como Africano. Hasta aquí Charisio. Muchos otros semejantes á este encontramos entre los Romanos, como *Marco, Licinio, Craso el Rico, Marco, Porcio, Caton el Sabio, Lucio, Cornelio, Escipion el Asiático.* Charisio no parece haber esplicado esto con bastante distincion. El prenombre era el nombre propio de cada cual, como *Marco, Lucio, Paulo, Publio.* El nombre de toda la gente era comun, es decir, que todos los que eran de una misma gente tenian un mismo nombre; así por ejemplo, todos los de la gente Cornelia se llamaban Cornelios, y Valerios todos los de la gente Valeria. Por el cognombre se distinguia cada una de las familias que habia en una misma gente; siendo igual el cognombre de todos los que eran de una misma familia; y asi en la gente Cornelia aquellos que eran de la familia de los Escipiones se llamaban Escipiones; Léntulos los que eran de la de los Léntulos, etc. Llamaban agnombre á aquello que traia su origen de algun suceso: asi Publio Escipion recibió el cognombre de Africano, de la conquista del Africa, y Lucio Escipion el de Asiático de la del Asia; aunque entrambos eran de una misma familia segun Ciceron *pro Murœn*, en donde llama á este dictado cognombre; no agnombre. El mismo autor dice *que el Rico fué el cognombre de Craso, lib. 2. de offic. cap. 16. y el Sabio el de Caton, lib. de amic. cap.* 2. Entre nuestros autores hallo que solo se hace mencion del nombre, prenombre y cognombre, *l.* 1. *de lib. et posth. l.* 21. §. 1. *qui tet. fac. l.* 8. §. 2. *sec. tab.* de donde aparece que los antiguos bajo la palabra cognombre comprenden el agnombre, aunque algunas veces los distinguen. Ciceron en el *lib.* 1. *de inven. cap.* 9. dice: *Cuando decimos nombre debe entenderse tambien el cognombre y el agnombre.* No fueron, empero, entre los Romanos ni frecuentes ni necesarios los agnombres, puesto que es sabido que muchos no los tuvieron; pero acostumbraron siempre á usar estos tres, á saber, el prenombre, el nombre, y el cognombre, como *L. Cornelio Sila; C. Julio César; M. Tulio Ciceron.* Teófilo esplica, como puede, esta materia poco conocida de los Griegos, diciendo que el nombre es el nombre propio τὸ κύριον ὄνομα; y el prenombre aquel que se antepone al nombre tomándolo de sus mayores ó bienhechores. Actualmente en todo el orbe cristiano, además del nombre de familia ó sea el cognombre hereditario, recibimos de nuestros padres ó amigos el nombre propio, el cual se nos impone cuando somos iniciados en el bautismo y recibidos en la Iglesia. Vinn. Dificilmente podia demostrarse que todos los romanos tuvieron cognombre. Plutarco *in vit. Marii* observó lo contrario de C. Mario, de Q. Sertorio, y de L. Mumio. Así tambien las mujeres tenian un nombre gentilicio, como Tulia, Fulvia, Livia; y tambien prenombre segun han demostrado Perizonio, Spanhem y otros, pero no cognombre. Tambien debe observarse que la gente Sulpicia siempre tuvo dos prenombres: el uno comun, á saber, SERVIO: y otro propio, como *Cayo, Marco, etc.* Los adoptivos muchas veces, reteniendo el prenombre, tomaban el nombre del padre adoptante, y en lugar de cognombre usaban el nombre de la gente de que provenian haciéndolo terminar en AÑO, por ejemplo, M. JULIO OCTAVIANO; pero esto no siempre se observaba, segun con muchos ejemplos demostró el consumado varon Ez. Spanhem. *de usu et præst. numism.* Hein.

2. *Cum de persona constat*). Ya instituya uno heredero, ya deje un legado á alguno, es necesario demostrar la persona del heredero y del legatario. Demuéstranse las personas sin oscuridad por su nombre, aunque tambien pueden demostrarse de otros modos; y si se hiciere así valdrá la institucion y el legado lo mismo que si se hubiesen demostrado por su nombre propio, *l.* 9. §. 8. *de hær. inst. l.* 8. §. 2. *de bon. poss sec. tab. l.* 4. *C. de test.*; y en general en todas las partes del derecho, la demostracion hace las veces del nombre, *l.* 6. *de reb. cred. l.* 54. *de cond. et dem. l.* 2. *de lib. et posth* (a). De esto se sigue que si se ha dado un falso nombre, errando en él el testador, valdrán no obstante esto, la institucion y el legado, debiendo considerarse lo mismo que si no se hubiese espresado el nombre, con tal que por la demostracion del testador aparezca de quien ha hablado; pues aun cuando se omita lo demás, es necesario que el testador demuestre la persona de modo que conste ciertamente de quien habló, *d. l.* 9. §. 8. En efecto, se considera por no dicho, ó por no escrito aquello que se ha dicho ó escrito de modo que no puede entenderse, *l.* 2. *de his quæ pro non script.* Supóngase, pues, que se ha hecho una institucion de este modo: *Sea heredero el hijo de Cornelia, mi herma-*

(a) L. 2 tit. 4. P. 4. vers. Por.

na, ó bien que se ha legado así: *Doy, lego aquel fundo al hijo de mi hermana Cornelia.* Si la hermana solo tiene un hijo, como que entonces aparece bastantemente á quien designó el testador, vale la institucion y el legado. Lo mismo sucederia si hubiese dicho: *Sea heredero Cornelio hijo de mi hermana Cornelia:* ó bien: *Lego ciento á Cornelio hijo de mi hermana Cornelia*, aun cuando no se llame Cornelio sino Sempronio. Por fin, con tal que la demostracion sea cierta no importa cual sea, pues que tambien puede nombrarse á un heredero señalándole con el dedo, y diciendo: *Sea este mi heredero*, con tal que esté presente aquel que se demuestra, *l.* 58. *de hær. inst.* Finalmente, tambien puede demostrarse de este modo: *Sea mi heredero aquel cuyo nombre escribiere en los codicilos*, *l.* 10. *de cond. inst.*, cuyas demostraciones deben con mayoría de razon valer en los legados.

3. Por una razon igual, aunque el testador hubiese equivocado el nombre de la cosa legada, por ejemplo, si hubiere dicho el fundo Corneliano, en vez del Semproniano, será útil el legado, y se deberá el Semproniano, si constare que se ha legado este, *l.* 4. *de leg.* 1. Y del mismo modo, si uno que tan solo tiene un siervo hubiere dicho: *doy, lego mi siervo Estico*, valdrá el legado aunque el siervo se llame Davo y no Estico, *arg.* §. *seq.* (a). No obstante, si uno, queriendo legar un vestido, hubiere escrito que legaba una alhaja, creyendo que bajo el nombre de aquel viene tambien esta comprendida, no se deberá la alhaja ni el vestido, como que ninguna de las dos cosas se haya legado, *d. l.* 4. *de leg.* 1. en donde el jurisconsulto da la razon de esta diferencia diciendo que *los nombres de las cosas son inmutables, y mudables los de los hombres.* Dice nombres de las cosas á aquellos que los gramáticos llaman apelativos; y de los hombres los que los mismos dicen propios, á causa de que han sido inventados con el objeto de designar una cosa singular. Dice que estos son mudables porque son privados, y se ponen y mudan segun el arbitrio de cada uno; y aquellos inmutables á causa de que son públicos y comunes, *l.* 7. §. 2. *de suppel. leg.*, de modo que por esta razon es tolerable el error en aquellos, y ridículo é intolerable en estos. Y en verdad hay entre ellos una grande diferencia. Todos los nombres propios constan de una imposicion; de modo que se ponen por el arbitrio de cada cual sin consideracion a la naturaleza de la cosa; por lo que no indica la esencia de esta, sino tan solo una diferencia. Los apelativos, empero, existen ordinariamente por la naturaleza, esto es, parece que tienen de la misma su valor, á lo menos los primeros que son los principios y elementos de los demás. Cratilo en Platon piensa que un ser superior al hombre puso los primeros nombres á las cosas; mas tambien los derivados, aunque son imposititios, son con todo públicos y comunes, y ya sean impuestos con reflexion, ya con ligereza y como quien dice maquinalmente, no son de ningun modo arbitrarios, de suerte que deban interpretarse segun la opinion de cada cual, sino segun el uso comun. En pocas palabras, su imposicion está tambien conforme con su naturaleza, y no menos ellos que los primitivos indican la misma esencia de la cosa. VINN. Pero nadie pensará hoy dia con Cratilo en Platon que los nombres de las cosas significan su naturaleza y que no les fueron impuestos por los hombres, ni hay necesidad de una razon tan sutil. El nombre propio se dá á uno solo, y el apelativo es comun á muchas personas ó cosas. Así pues, si uno equivocadamente en vez de vestido escribió alhaja, no se deberá ninguna cosa de las dos: no el vestido, porque no se hace mencion de él; no la alhaja, porque no entendió hablar de ella, por cuanto dicha palabra conviene á otras cosas que á los vestidos. Pero si hubiese dicho Davo en vez de Estico, y tan solo hubiere un siervo, fácilmente aparece de cual habla el testador, porque el nombre propio servil solo puede competer al siervo único que tiene. HEIN

4. Pregúntase, empero, si á lo menos vale el legado si el testador ha demostrado una cosa que tenia á la vista, valiéndose para ello de un nombre que no le conviene, por ejemplo, si teniendo delante un caballo hubiere dicho: *lego este buey á Ticio.* Los doctores comunmente admiten la opinion de Acursio en la *l.* 65. *de verb. obl.* quien piensa que vale este legado, y que se debe el caballo; lo que sin embargo no me parece de ningun modo conforme con lo que escribe Paulo en la *l.* 3. *de reb. dub.* *que aquel que dice otra cosa de lo que quiere, ni dice lo que significa la palabra porque no lo quiere ni lo que quiere porque no lo dice*, en conformidad con el parecer de Servio ó Celso *que nadie se considera haber dicho aquello de cuyo nombre no se ha servido*, ó lo que es lo mismo que nadie se considera haber querido lo que no dijo, aunque Tuberon hace prevalecer en este caso la voluntad, *l.* 7. §. 2 *de suppel leg.* Por esta razon, parece que deberemos decir mas bien que semejante legado debe reputarse tambien inútil, y con

(a) L. 28. tit. 9. P. 7

sidera igualmente ridículo é ilusorio que los de que se habla en la *l. 4. de leg. 1.*, segun así tambien le parece á Minsingero. A la verdad, si se dijere que uno con la palabra *libros* comprendió unos *papeles*, ó viceversa, podrá haber cuestion de voluntad á causa de la afinidad de las palabras, *l. 52. §. 4. de leg. 5.*; lo que tambien que debe generalmente admitirse, si por alguna causa ó por el uso de hablar puede la palabra que ha empleado el testador hacerse extensiva á aquello que se dice haber querido, *arg. l. 9. de trit. vin. ol. leg.*

Significandorum hominum gratia). Elegante razon, pues si los nombres se han inventado para designar con ellos mas cómodamente las personas, no debe viciar el legado el error cometido en el nombre del legatario, con tal que conste su persona de otro modo: y muy bien decia Pedio que ninguna diferencia hay entre que se llame la cosa por su propio nombre, ó que se señale con el dedo, ó que se demuestre con algunas otras palabras, puesto que hacen mútuamente sus veces aquellas cosas que tienen el mismo valor, *l. 6. de reb. cred.*

TEXTO

De falsa demostratione.

30. Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi. Veluti si quis legaverit: *Stichum servum meum vernam, do, lego.* Licet enim non verna sed emptus sit; si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit; *Stichum servum, quem à Sejo emi*, sitque ab alio emptus; utile est legatum, si de servo constat.

TRADUCCION.

De la falsa demostracion.

Semejante á esto es aquella regla del derecho por la que por la falsa demostracion no se extingue el legado, por ejemplo: si uno hubiere legado de este modo: doy, lego mi siervo verna Estico; *pues aunque no sea verna, sino comprado, es útil el legado, con tal que conste el siervo. Y del mismo modo si lo hubiere demostrado así:* el siervo Estico que compré de Seyo, *y lo hubiere comprado á otro es útil el legado si consta el siervo* (a).

COMENTARIO.

1. *La regla que se dá en este lugar debe modificarse con la escepcion, á no ser que además de la falsedad de la demostracion haya otra causa que vicie el legado, lo que se demuestra con varios ejemplos.*

(a) L. 19. tit. 9. P. 6.

Lo que se observa acerca del error del nombre del legatario, ó del nombre propio de la cosa legada, de modo que aunque el testador haya hecho uso de un falso nombre, no se vicie por ello el legado con tal que de otro modo conste la persona ó cosa; tiene lugar tambien en la demostracion, esto es, en toda adicion que además del nombre se hace con objeto de designar la persona ó cosa, de suerte que aunque se haya cometido algun error al demostrar la cosa legada, con todo valga el legado lo mismo que si no hubiese habido error ninguno, con tal que se sepa á quien ó qué cosa quiso legar el testador, *l. 17. in pr. y §. 1. l. 33. y sig. de cond. et dem.* La razon es porque el nombre y la demostracion hacen mútuamente sus veces, ó esta las de aquel, *l. 6. de reb. cred. l. 34. de cond. et dem.*, y á esto se refiere Justiniano al principio de este párrafo cuando dice que es semejante á la anterior esta regla del derecho *que el legado no se extingue por la falsa demostracion.*

1. Esta regla, empero, tiene algunas escepciones, y en general debe limitarse á los casos en que no haya nada mas que vicie el legado sino la falsa demostracion; pues si la demostracion indica una cierta cosa ó cantidad limitada á un determinado lugar, y en él no se encuentra la misma, se dice que el legado es inútil. Así, por ejemplo, si el testador hubiere dicho: *Lego á Ticio ciento que tengo en el arca*, y en esta nada hubiere, nada tampoco se deberá, como que se hubiere legado un cuerpo cierto que no existe en la naturaleza, *l. 108. §. 10. de leg. 1. l. 1. §. 7. de dot. prœl. l. 34. §. 4. de leg. 1.*; pues antes de valer el legado, ó de poderse decir que no se vicia por la falsa demostracion, debe existir la cosa legada, *l. 40. §. pen. de cond. et dem.* Así tambien si uno hubiese dicho: *Lego á Sempronio lo que me debe Ticio* sin añadir cuerpo ninguno ni cantidad, si nada debiere Ticio, es nulo el legado; no por la falsedad de la demostracion, sino por otra razon evidente; á saber, porque no aparece qué cosa ni cuanto se haya legado, *l. 75. §. 1. de leg. 1.* Por la misma razon tambien será inútil este legado: *Lego á Ticio que le debo*, si nada debe el testador ni ha añadido la cantidad; aunque seria útil si hubiere dicho: *Lego á Ticio diez áureos que le debo*, porque la sola falsedad de la demostracion no vicia el legado, *d. l. 70. §. 1. l. 25. al fin. de lib. leg.* Mas aun cuando se haya añadido la cantidad, no siempre es útil el legado en los casos anteriores. Supóngase que el testador ha dicho: *Lego á Sempronio ciento que debo á Ticio.* Es sabi-

lo que este legado es inútil, aun cuando sea verdad que se deban ciento á Ticio, porque el deudor no puede legar lo que él mismo debe á otro, que al acreedor. Por cuya causa, ni aunque fuese falso, valdrá el legado, pues un legado que seria inútil si se le quitase el vicio de la demostracion, no puede ser útil por habérsele añadido una demostracion viciosa. Supóngase tambien que se ha legado de este modo: *Lego á Ticio ciento que me debe*, siendo asi que nada debia Ticio, se responde que nada hay tampoco aqui en el legado, y que hay mucha diferencia entre una falsa demostracion y una falsa condicion ó causa, *d. l.* 75. §. 2. *d. l.* 25. *vers. quod si sic. de lib. leg.* En efecto, aunque en este caso se han legado ciento con las palabras, pero en realidad solo se ha legado la liberacion, en cuyo legado se contiene el poder repeler al heredero por medio de una escepcion en caso que pida la deuda, y en poderle reconvenir para que libre al deudor en caso que no la pida, *l.* 3. §. 3. *de lib. leg.* Ninguna de estas cosas, empero, puede tener lugar cuando no hay obligacion ninguna. Por último, por la misma razon si el testador hubiere legado á Sempronio ciento que debia á Ticio, deberá decirse que es inútil el legado si nada debe Ticio, *d. l.* 75. §. 2., puesto que tampoco aqui se legan ciento que deba dar el heredero, sino tan solo una accion que debe el mismo ceder contra Ticio, pues en este legado de nombre solo se contiene la cesion de las acciones, las que no pueden existir ni cederse contra uno que nada debe, lo que el Jurisconsulto en *d. l.* 75. §. 2. esplica brevemente con estas palabras, *pues debe existir un deudor.*

Stichum servum meum vernam.) He aqui un ejemplo de una falsa demostracion. Llámase *verna* el siervo nacido de nuestra esclava; cuya palabra cree Festo que se deriva *á vere*, á causa de que *dicho tiempo según el órden natural es el de la procreacion.* Ciceron 3. *in. Vern. c.* 61. dice: *Vernaculum crimen* en vez de *domesticum.* El autor desconocido *de belló Hispan. cap.* 7. dice: *Vernaculas Pompeji lejiones*, en vez de *proprias.*

Stichum servum, quem á Sejo emi.). Otro ejemplo de la misma especie sacado de la *l.* 17. §. 1. *de cond. et dem.* en donde se halla tambien otro; á saber, cuando se ha legado de este modo: *Lego á Ticio el siervo Estico zapatero ó cocinero*; pues aun cuando no tenga estos oficios, se dice con todo que pertenece al legatario si aparece que habló de él el testador. Estos ejemplos son de una falsa demostracion añadida á la cosa legada; pero sucede lo mismo si ha padecido algun error al designar la persona del legatario, ó se la ha demostrado falsamente; por ejemplo, acerca su cuerpo, oficio, patria, parentesco, ó afinidad, con tal que conste la persona de aquel á quien dejó el legado el testador, *d. l.* 17. §. 1. *l.* 33. *y sig eod.* Lo que sin embargo, debe tambien entenderse siempre de los casos en que no hay nada mas que la falsa demostracion que obste al legado, y no un error que obste á la voluntad, tal como es muchas veces el que versa acerca del parentesco; pues si uno por esta causa hubiere legado algo á una persona creyéndola su pariente, y no lo fuere, no valdrá el legado, *arg. l.* 4. *y l.* 7. *C. de hær inst.*

TEXTO.

De falsa causa adjecta.

31. Longè magis legato falsa causa adjecta non nocet; veluti cum quis ita dixerit: *Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do, lego;* vel ita; *Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum. Stichum do, lego.* Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa; aliud juris est, veluti hoc modo: *Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do, lego.*

TRADUCCION.

Del señalamiento de una falsa causa.

Mucho menos vicia el legado el señalamiento de una falsa causa; por ejemplo, si uno dijere: Doy, lego el siervo Estico á Ticio porque cuidó de mis negocios estando yo ausente, *ó bien así:* Doy, lego el siervo Estico á Ticio, porque por medio de su patrocinio me he librado de un crimen capital; *pues aunque Ticio nunca haya administrado los negocios del testador, ni le haya librado con su patrocinio, vale con todo el legado* (a). *Pero si la causa se ha enunciado condicionalmente, entonces se observa otra cosa; por ejemplo, de este modo:* Doy, lego mi fundo á Ticio si cuido de mis negocios.

NOTAS.

31 *Legato non nocet*. Porque segun dice Papiniano, la razon de legar no va inherente al legado, *l.* 72. §. 6. *de cond. et dem.*; esto es, que subsistiendo el legado sin la causa que se le añade, por esta razon la falsa causa no le vicia, pues que la verdadera no es necesaria; pero sin el nombre ó la demostracion no puede legarse.

(a) L. 20. tit. 9. P. 6. y l. 21. de tit. vers. *Otrosi* y sig.

COMENTARIO.

1. *Porqué se dice que la falsa causa añadida al legado le vicia mucho menos que la falsa demostracion?*
2. *No pertenece aquí la causa que se pone para lo futuro, ó sea el modo.*
3. *Por qué razon subsiste el legado en el caso propuesto?*
4. *Notable limitacion de esta regla.*
5. *En qué convienen la condicion y el modo, y en qué discrepan.*

1. Lo que se observa, dice Cayo, en la falsa demostracion, se observa tambien y con mayoría de razon en la falsa causa, *l.* 17. §. 2. *de cond. et dem.* Llaman causa nuestros autores á la causa pasada, ó sea á la razon porque se hace ó da alguna cosa, *l.* 52. *de cond. ind.*, causa que los dialécticos llaman eficiente, y otros ocasional ó impulsiva (a). Así pues, la causa, es decir, la razon de legar, aunque sea falsa, no vicia el legado. ¿Pero porqué dice que la falsa causa añadida al legado le vicia mucho menos que la falsa demostracion? Pienso que lo dice, porque el nombre y la demostracion son inherentes al legado, pues se ponen con el fin de designar la persona del legatario ó la cosa legada; mas la causa de legar está separada del legado, y puede y acostumbra legarse sin causa ninguna. Papiniano parece indicar esta diferencia en la *l.* 72. §. 6. *de cond. et dem.* cuando dice que la falsa causa no vicia el legado, *porque la razon de legar no va inherente al mismo.*

2. La causa que se pone para lo futuro se llama modo, por ejemplo: Lego ciento para que se construya un edificio, etc. *d. l.* 17. §. *ult. de cond. et dem. tit. C. de his quæ sub. mod. leg.* (b). Esta, empero, no pertenece aquí, porque lo que se lega por modo se considera casi lo mismo que si se hubiese legado condicionalmente, *l.* 92. *de cond. et dem. l.* 1. *C. d. tit.*

3. *Legatum tamen valet*). Pues que á pesar de esto quiso donar el testador ó á lo menos se presume que lo quiso, puesto que sabia que no tenia ninguna necesidad de remunerar la administracion de sus negocios, ó el patrocinio que se le habia prestado, *arg. l.* 82. *de reg. jur. l.* 52. *l.* 65. §. 2. *de cond. ind.*; pues ejerciendo una liberalidad gratuita y enteramente voluntaria, no debe la misma viciarse por la falsedad de la causa que le impelió primitivamente á legar; pues que si uno dona entre vivos alguna cosa por creer falsamente que se le habian administrado sus negocios, vale la donacion sin que pueda repetirse, *d. l.* 52. *de cond. ind.*; dándose en *d. l.* 65. §. 2. la razon de que aquel que dió quiso donar. Con mayoría de razon, pues, debe esto valer en las últimas voluntades, *arg. l.* 12. *de reg. jur.* VINN. Agrégase á esta otra razon peculiar de los legados. *Legar*, segun dijimos mas arriba insiguiendo á Ulpiano es *dejar algo á modo de ley.* Asi que, el testador es como un legislador, las leyes del cual obligan aun cuando estén fundadas en una falsa razon, porque sirve de tal la misma voluntad del legislador. Muy bien Puffendorf *de J. N. et G. lib.* 1. *cap.* 6. dice: *Aunque la ley deba tambien estar fundada en sus razones, con todo, estas no son propiamente la causa porque debe prestársele obediecia, sino la potestad del legislador, quien desde el momento que manifestó su voluntad impuso al súbdito una obligacion de obrar enteramente conforme á su mandato, aunque tal vez no aparezcan claramente las razones en que este se funda.* Del mismo modo, pues, se impone tambien al heredero la necesidad de cumplir la voluntad del testador, á la manera de la del legislador, aunque no haya dado razon ninguna ó la haya dado falsa. HEIN.

4. Sin embargo, Papiniano añade una notable limitacion de esta regla, *l.* 72. §. 6. *de cond. et dem.*; esta es, á no ser que el heredero pruebe que el testador no habria dejado el legado si hubiese sabido que era falsa la causa que puso. Las palabras de Papiniano son estas: *Pero muchas veces tendrá lugar la escepcion de dolo, si se prueba que de otro modo no se habria legado*; como que dijere que aunque la falsa causa nunca vicia el legado, de modo que por derecho estricto no pueda pedirse en atencion á la regla que hay acerca de la falsa causa; con todo, muchas veces sucede que el heredero repele al legatario demandante con la escepcion de dolo malo, probando que el testador únicamente hizo el legado movido por la causa que espresó, y que de otra suerte no lo habria dejado; lo que muchas veces no es de dificil prueba. ¿Pues qué diriamos si el testador hubiese alguna vez manifestado delante de sus amigos, que si, por ejemplo, Ticio no hubiese cuidado de sus negocios no tenia razon ninguna para quererle dejar nada; ó bien que no pudo menos de remunerar dejándole algun legado, un insigne favor que de Ticio habia recibido; ó por fin, que el único motivo que tenia para dejar un legado a Ticio era porque le habia alcanzado la restitucion del príncipe, y que de otra suerte

(a) L. 21. tit. 9. P. 6. vers. *Otrosí* y sig.
(b) D. l. 21. vers. *E á las vegadas.*

nada le habria legado: Finalmente, tendrá lugar la escepcion de dolo siempre que pudiere probarse que el legado se ha dado en compensacion de un beneficio recibido, puesto que dicha escepcion puede oponerse á todos aquellos que piden alguna cosa contra la voluntad del difunto, *l.* 3. §. *ult. de adim. leg. l.* 4. §. 10. *de dol. mal. except.* Por consiguiente, si uno habiendo encargado á Ticio que administrase en tierras estrañas ó lejanas algunos negocios, le hubiere legado cien áureos añadiendo dicha causa, cuya falsedad y descuido de dichos negocios probare el heredero; creeria que tambien en este caso obstaria al legatario demandante la escepcion de dolo malo.

Conditionaliter enuntiata) (a). Si la causa se hubiere enunciado condicionalmente de este modo: *Lego el fundo á Ticio si hubiere cuidado de mis negocios* la causa va inherente al mismo legado, y si es falsa sucede que falta la voluntad; y que aquel es inútil, *l.* 17. §. *pen. de cond. et dem.*, pues aquellas condiciones que se refieren á un suceso presente ó pasado, hacen inútil el acto desde luego si son falsas, §. *pen. inf. de verb. oblig.* Asi que en el caso propuesto el legado será nulo *ipso jure*, sin que se requiera escepcion ninguna contra el que lo pida.

5. Semejante á la condicion es el modo, pues entrambos miran á un suceso futuro, y si el testador se hubiere valido de esta fórmula: *Doy, lego ciento á Ticio para que me haga un monumento*, el legado es *por modo*, *d. l.* 17. §. *ult.*, y si hubiere dicho: *Doy, lego ciento si me hace un monumento*, es condicional (b). En el efecto, empero, hay entre entrambos mucha diferencia, pues el legado dejado por modo es puro y puede pedirse desde luego, con tal que se preste caucion de restituir la cosa si no se cumpliere el modo; mas el legado bajo de condicion no se debe antes de llegar esta, extinguiéndose si faltare, *l.* 5 *l.* 4. *C. de cond. insert.* (c), aunque no siempre se espera el cumplimiento de todas las condiciones; pues si se ha impuesto al legatario una condicion potestativa de las que consisten en no hacer; si él lo exije desde luego se le debe el legado, con tal *que preste caucion de que no hará lo que prohibió el testador* (d), y si lo hiciere, restituirá la cosa en union con todos los frutos á aquel á quien puede pertenecer por derecho civil faltando la condicion. Esta caucion se llamó Muciana, por haber sido inventada por Q. Mucio, y tiene tambien lugar en las herencias, *l.* 7. *l.* 18. *de cond. et dem.*

(a) L. 21. tit. 9. P. 6.
(b) D. l. 21.
(c) D. l. 21.
(d) L. 7. tit. 4. P. 6

TEXTO.

De servo hæredis.

32. An servo hæredis rectè legemus, quæritur; et constat purè inutiliter legari, nec quicquam proficere si vivo testatore de potestate hæredis exierit; quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur servo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate hæredis non sit.

TRADUCCION.

Del siervo del heredero.

Pregúntase si podemos legar al siervo del heredero; y consta que puramente no se le puede legar sin que aproveche en nada el que haya salido de la potestad del heredero durante la vida del testador, porque aquel legado que sería inútil si hubiese muerto el testador luego despues de hecho el testamento, no debe valer porque haya vivido mas largo tiempo. Bajo condicion, empero, puede legarse al siervo de modo que se requiera que al tiempo en que ceda el dia del legado no esté en la potestad del heredero (e).

COMENTARIO.

Poco es actualmente despues de quitada la servidumbre el uso de este párrafo y del siguiente. Propónense en ellos dos cuestiones contrarias: la una en este §. sobre si puede legarse al siervo del heredero; y la otra en el siguiente sobre si puede verificarse lo mismo con respecto al dueño del siervo que ha sido instituido heredero.

Puré inutiliter legari). Lo que se lega al siervo considera legarse al mismo dueño, *l.* 51. *de hær. inst.* y por consiguiente, si se deja un legado al siervo se lega al heredero por medio de sí mismo, lo que es ageno de la razon del derecho, *l.* 18. *l.* 116. *de leg.* 1. Ulp. *tit.* 24. §. 20., ni la razon natural permite que nadie sea acreedor y deudor de sí mismo; lo que es preciso que suceda si queremos que pueda legarse al siervo del heredero; pues que este será acreedor como á dueño del legatario, y deudor como á heredero del testador. De ahí es que siempre que sucede que concurren en una misma persona los derechos del acreedor y del deudor se confunde la obligacion y se extingue necesariamente, porque nadie puede estar obligado á sí mismo, *l.* 75. *de solut. l.* 7. *C. de pact.*

Si vivo testatore de potestate). Si el lega-

(e) L. 8. tit. 9. P. 6.

do es válido ó no debe calcularse desde el tiempo en que se hizo el testamento, á causa de lo dispuesto por la regla Catoniana que no permite que sea válido en virtud de un hecho posterior aquel legado que habria sido inútil si el testador hubiese muerto desde luego, *l.* 1. *de reg. Cat.*, y en el caso propuesto el legado seria inútil si muriese el testador en seguida. Por la misma razon se ha dicho mas arriba, que cuando á alguno se le lega una cosa suya, como que este legado es nulo desde un principio, no recibe validez aunque posteriormente, y durante la vida del testador, enagenare dicha cosa el legatario, §. 10. *sup. eod.*

Sub conditione verò rectè). Aquel legado que está en suspenso á causa de la condicion es incierto si en algun caso valdrá ó no, de modo que no puede decirse que vale ó no al tiempo de hacerse el testamento; y por esta razon la regla de Caton no pertenece á los legados condicionales, *l.* 4. *de reg. Cat.*, ni tampoco á aquellos cuyo dia no cede despues de la muerte del testador, sino desde la adicion de la herencia.

An quo tempore dies legati cedit). El dia del legado condicional no cede antes de llegar la condicion, *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. ced.*, es decir, que antes de dicho tiempo no empieza á deberse, *l.* 213. *de verb. sign.* empezando solo desde entonces á deberse semejante legado; y bastando por consiguiente que cuando la condicion existe esté la cosa en un estado que pueda ser válida, como lo puede ser en el caso propuesto, si en aquel tiempo no está el siervo en la potestad del heredero; pues que si aun estuviere en ella, no habrá duda ninguna que será nulo el legado. Pero, se dirá, tambien en el caso anterior puede suceder que cuando ceda el dia del legado no esté el siervo en la potestad del heredero, pues que puede ser manumitido ó enagenado antes de la muerte del testador desde cuyo tiempo cede el dia del legado puro. A esto se responde que por lo que hace á la validez del legado puro, se atiende al tiempo de la muerte, de modo que en virtud de la regla Catoniana se una con el tiempo de hacerse el testamento, considerándose absolutamente lo mismo que si hubiese muerto entonces, por mas que el testador haya vivido mucho mas largo tiempo; de donde proviene el que dicha regla no pertenezca á ningun legado cuyo dia no cede desde el tiempo de la muerte, *l.* 3. *de reg. Cat.*

TEXTO.

De domino hæredis.

33. Ex diverso, hærede instituto servo, quin domino rectè etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam et si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui hæres sit, et possit per eum servum alius hæres effici, et si prius quàm jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit vel manumissus, ipse hæres efficitur, quibus casibus utile est legatum. Quod si i eadem causa permanserit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

TRADUCCION.

Del señor del heredero.

Por el contrario, si se ha instituido heredero al siervo, no hay duda ninguna de que puede dejarse un legado al dueño aun sin condicion; pues aunque el testador muriere luego despues de hecho el testamento, no se considera que cede el dia del legado en aquel mismo que es heredero, puesto que la herencia está separada del legado y puede por medio de dicho siervo hacerse heredero otro, y si antes de haber adido por mandato del dueño fuere transferido á la potestad de otro, ó manumitido, él mismo se hace heredero; pero si permaneciere en el mismo estado se extingue el legado (a).

COMENTARIO.

Este caso es contrario al anterior. Dice que á aquel cuyo siervo ha sido instituido heredero puede legársele aun sin condicion por la razon de que aunque muera luego el testador no cede con todo el dia del legado en el mismo que es heredero; dando á entender que el legado cede para el dueño, y que por consiguiente muerto este antes de adirse la herencia, lo transmite á su heredero, y que no cede para el heredero como en el caso anterior cuando se ha dejado un legado al siervo del dueño instituido heredero. Y esto así porque el dueño no se hace inmediatamente heredero por medio del siervo, sino tan solo si este por su mandato adiere la herencia; mas puede suceder que el siervo instituido antes de adir la herencia por mandato del dueño, sea manumitido ó enagenado, y que de este modo adquiera la herencia ó para si, ó para el otro dueño por cuyo mandato la adiere, y subsista la herencia separada del legado. Asi que, no concurriendo en este caso al morir el testador en una misma persona la herencia y el legado, y por lo tanto no siguiéndose necesariamente la confusion de estas dos cosas, como sucede en el caso anterior, por esta causa el legado está interi-

(a) L. 8 tit. 9. P. 6.

namente en suspenso, siendo útil si antes de adir el siervo la herencia por mandato del dueño fuere manumitido ó enagenado; pero si permaneciere en el mismo estado y verificare la adicion por mandato del legatario, se estinguirá por su confusion con la herencia; por cuyo hecho recae en aquel estado desde el que no podia empezar. Por la misma razon se dice que por medio del hijo instituido heredero puede dejarse puramente un legado al padre, *l.* 25. *l.* 91. *in pr. de leg.* 1.

TEXTO.

De modo et ratione legandi. De ordine scripturæ.

34. Ante hæredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturæ ordinem quidem sequi, (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem; per nostram constitutionem, et hoc vitium emendavimus, ut liceat et ante hæredis institutionem, et inter medias hæredum institutiones, legatum relinquere et multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

TRADUCCION.

Del modo y forma de legar. Del órden de la escritura.

Antiguamente no podia legarse antes de la institucion de heredero, porque de ella toman su fuerza los testamentos, y por esta causa se considera la misma como la cabeza y fundamento de todo el testamento. Por una razon igual tampoco podia darse la libertad antes de la institucion de heredero. Pero habiendo creido ageno de la razon seguir el órden de la escritura (lo que hasta los mismos antiguos creyeron digno de crítica) y despreciar la voluntad del testador, por nuestra constitucion corregimos tambien este vicio, de modo que antes de la institucion de heredero y entre varias instituciones de herederos sea lícito dejar un legado, y mucho mas la libertad, la que siempre es mas favorecida.

NOTAS.

34. *Superni testatoris voluntatem*). La cual, aun segun los antiguos, es lo mas atendido en los testamentos, *l.* 55. §. 3. *de hær. inst. l.* 12. *in fin. de leg.* 1.

Et ante hæredis institutionem). Pues en un acto continuo y que se hace en un solo tiempo nada debe parecer primero ni postrero, siendo siempre la institucion de heredero la cabeza y fundamento de todo el testamento, ya esté antes, ya despues. Wesemb.

COMENTARIO.

1. y 2. *Los antiguos no se fundaron en una razon bastante idónea para anular los legados hechos antes de la institucion de heredero.*

Síguese el capítulo último de este título en el que se derogan algunas escrupulosidades del derecho antiguo, que se observaban acerca del modo de legar; las cuales eran que no podia legarse antes de la institucion de heredero, ni para despues de la muerte de este; ni por via de pena.

1. *Ante hæredis institutionem*). Antiguamente si no se empezaba el testamento por la institucion de heredero, eran inútiles los legados hechos antes de la misma; por ejemplo, si uno al hacer el testamento hubiese dicho primeramente: *Doy, lego ciento á Ticio*; y en seguida: *Sea mi heredero Sempronio*: este legado, como que era dejado contra el órden regular antes de la institucion de heredero, era inútil. Ulp. *tit.* 24. §. 14. Paulo 3. *sent.* 6. §. 1. La razon de esto la da Ulpiano diciendo, *que la validez del testamento empieza por la institucion de heredero*; es decir, porque el testamento solo recibe su fuerza y validez de la institucion de heredero; de modo que esta como que es la cabeza y fundamento de todo el testamento, debe ir antes que todo, y lo que se ha legado antes, se considera como que se hubiese dejado ἐκτὸς τῆς διαθήκης, es decir, fuera del testamento, segun dice Teófilo. Sin embargo, esta razon no le pareció de tanto peso á Justiniano, que por ella deba seguirse necesariamente el órden de la escritura, despreciándose la voluntad del testador, y muy bien, pues aun cuando la institucion de heredero sea la cabeza y fundamento del testamento, y de ella tome este su validez, como así es en efecto, *l.* 10. *de jur. cod.* con todo, no por ello debe un legado antepuesto á la institucion considerarse lo mismo que se hubiese dejado fuera del testamento. En efecto, siendo uno solo y continuo el acto de testar, nada en él debe parecer primero ni postrero; y por consiguiente ya vaya el legado antes de la institucion, ya vaya despues, siempre queda esta siendo la cabeza y fundamento de todo el testamento. Ni sé qué se funde en otra razon el que pudiesen antiguamente dejarse fideicomisos antes de la institucion de heredero, Ulp. *tit.* 25. §. 6.; y el ser lícito empezar el testamento por la desheredacion, *l.* 1. *de hær. inst.*; por cuya causa no dice allí el jurisconsulto simplemente que debe empezarse el testamento por la

institucion de heredero, sino que muchas veces debe esto hacerse.

Nec libertas hæredis institutionem). Como que dijese, á pesar de que la libertad fué siempre muy favorecida, con todo, en esta materia la dacion de la misma es de igual condicion que los demás legados. Ulpiano esceptúa el testamento del militar, *tit.* 1. *de libert.* §. 15.

Et ipsi antiquitati). Hasta los mismos antiguos en muchos casos tienen mas en cuenta la voluntad del testador que no el órden de la escritura; de lo cual se hallan ejemplos á cada paso, como en la *l.* 14. *de pec. leg. l.* 77. §. 12. *de leg.* 2. *l.* 6. *de solut.* Tambien dicen los mismos que la voluntad del testador lo hace todo en el testamento, *l.* 35. §. 3. *de hær. inst. l.* 12. *in fin. de leg.* 1. En este caso, empero, como que no parece provenir tan solo del órden de la escritura, sino tambien de la razon del derecho, no se atrevieron á establecer lo mismo; lo que sin embargo es preciso confesar que fué una escrupulosidad escesiva, pues habiendo admitido que la fianza pudiese preceder á la obligacion principal, §. 3. *inf. de fidei.*, parece que no puede darse razon alguna plausible para que los legados no puedan preceder á la institucion. En efecto, la fianza no puede subsistir sin la obligacion principal mas de lo que puede valer el legado sin la institucion. Finalmente, siendo, como ya hemos dicho, continuo el acto de testar, no debe considerarse en él lo que se hace antes ni despues, puesto que todo lo que se hace se efectúa en un solo tiempo, *l.* 21. §. *ult. qui test. fac.*, lo que advierte tambien Wesembecio.

Per nostram constitutionem). No existe otra en la que se haga mencion de esto que la dirigida á Menna, prefecto del Pretorio, *l.* 24. *C. de test.*, en la cual, sin embargo, solo se dispone que los defectos cometidos en la escritura por la impericia de los escribanos, no vicien la voluntad del testador. Por lo que, piensan muchos, y es probable que la constitucion, en que por primera vez y de propósito se derogó el derecho antiguo, se ha perdido. Por lo demás, es falso lo que piensa Baron, de que en dicha constitucion se dispuso que el órden de que se hace mencion aquí debiese observarlo el testador, y que tan solo la inversion hecha en él por el escribano al acto de reducirlo á escritura fuese lo que no viciase el testamento, segun asi lo prueban las palabra de este párrafo, que dan á entender claramente que Justiniano dejó todo esto al libre arbitrio del testador, de suerte que no haya diferencia ninguna entre que observe el órden antiguo, que empiece por los legados.

Et inter medias). Tambien por derecho antiguo fué licito esto segun Paulo, 3. *sent.* 6. §. 1. Los escribanos dan una prueba de su ignorancia al empezar casi siempre los testamentos por los legados y fideicomisos, como que pensasen que es una inversion del órden natural el poner en primer lugar la institucion del heredero, que no deja de ser siempre la base y cabeza de todo. Gomez, *l. var. res.* 2. *núm.* 5.

« En España no solo será válido el testa« mento en que los legados precedan á la « institucion de heredero, sino tambien aquel « en que esta falte enteramente, segun varias « veces hemos dicho, por la *ley* 1. *tit.* 18. « *lib.* 10. *Nov. Rec.* »

TEXTO.

De legato post mortem hæredis, vel legatarii.

35. Post mortem quoque hæredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur; veluti si quis ita dicat: *Cùm hæres meus mortuus fuerit, do, lego.* Item: *Pridie quàm hæres aut legatarius morietur.* Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes; ne in hoc casu deterior causa legatorum, quàm fideicommissorum inveniatur.

TRADUCCION.

Del legado dejado para despues de la muerte del heredero ó del legatario.

Del mismo modo tampoco podia legarse para despues de la muerte del heredero ó legatario; por ejemplo, si uno dijere asi: Doy, lego, cuando mi heredero fuere muerto, *ó bien,* el dia antes de la muerte del heredero ó legatario. *Pero tambien corregimos esto dando validez á tales legados á semejanza de los fideicomisos; para que en esto no sea inferior la condicion de los legados que la de los fideicomisos* (a).

NOTAS.

35. *Quam fideicomm.*) Ya antiguamente se habia benignamente introducido que pudiesen dejarse los fideicomisos para despues de la muerte del heredero, *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. Ulp. *tit.* 21. §. 6.

COMENTARIO.

1. *Porqué no era licito legar para despues de la muerte del heredero ó del legatario?*
2. *Porqué lo era al tiempo de la muerte?*

(a) L. 4. tit. 9. P. 6.

Lo que se ha dejado al hijo emancipado para despues de la muerte del padre, debe traerlo á colacion; pero no lo que se ha dejado para cuando el padre muera.

Tambien fué una mera sutileza el no poderse legar antiguamente para despues de la muerte del heredero ó legatario, segun Ulpiano, *tit.* 24. §. 15. y Paulo 3. *sent.* 7. §. 4., por cuya causa tambien corrigió esto Justiniano.

1. *Inutiliter legabatur*). Ulp. *d. loc.* dice: *No puede legarse para despues de la muerte del heredero, para que no parezca que se lega por medio del heredero, lo que no lo permite la razon del derecho civil;* y Paulo tambien en *d. lug. No puede legarse,* dice, *para despues de la muerte del heredero, porque no puede dejarse nada por medio de los herederos del heredero.* Esto creo que se observaba así, porque es incierto quienes han de ser dichos herederos, y además porque no es lícito gravar á un heredero estraño. En general, empero, no podia legarse para despues de la muerte del heredero ó legatario, á causa de aquella antigua regla del derecho que disponia que ninguna obligacion que no hubiese empezado en el difunto ó contra el difunto, no empezase en ó contra la persona del heredero, §. 12. *inf. de inut. stip.* Mas si queremos que valga lo que se lega para despues de la muerte del legatario es necesario que una obligacion que no empezó contra el difunto pase contra el heredero; y si aquello que se lega para despues de la muerte del legatario es preciso que la obligacion que no empezó en el difunto pase al heredero. ¿Porqué pues, se dirá, pudo dejarse un fideicomiso para despues de la muerte del heredero? Ulp. *tit.* 25. §. 6. A esto se responde que se introdujo benignamente que pudiese dejarse un fideicomiso por medio de los herederos del heredero ó del legatario, quedando en vigor la regla citada respecto de los demás casos, *l.* 5. *de leg.* 3.

2. *Cum hæres meus mortuus*). O bien así: *Doy, lego á Ticio tal cosa cuando fuere muerto.* Pero aunque no podia legarse para despues de la muerte, con todo podia conferirse el legado para el tiempo de la muerte así del legatario, como del heredero, de este modo: *Doy, lego á L. Ticio tal cosa cuando muriere*, ó bien, *obligo á mi heredero á que dé tal cosa cuando muriere.* Paulo *de loc.* §. 5. Ulp. *eod. l.* 12. §. 1. *de leg.* 2. *l.* 79. §. 1. *de eod. et dem.*, del mismo modo que tambien podia concebirse la estipulacion para el tiempo de la muerte del promitente ó del estipulante, §. 14. *inf. de inut. stip.* Y esto asi porque el momento de la muerte se considera perteneciente á la vida, porque morimos estando vivos y la muerte no existe sino toda á la vez; de donde se deduce que una obligacion conferida al tiempo de la muerte, empieza en la persona del que muere y una vez empezada pasa al heredero.

3. De ahí es tambien porque, aunque el hijo emancipado no está tenido á traer á colacion el legado que se le ha dejado para despues de la muerte del padre, 1. *pen. de collat. l.* 15. *C. eod.*, lo está, con todo, respecto de aquello que se ha legado cuando el padre morirá, porque interpretamos que esto no lo aquirió despues de la muerte del padre, sino al tiempo de morir este y viviendo aun; y es sabido que el emancipado está tenido á comunicar con sus hermanos que permanecieron en la patria potestad todo lo que tenia al tiempo de morir el padre, *l.* 6. *C. d. tit.* Ulp. *tit. de poss. dand.* §. 3. Véase á Cuyacio 5. *obs.* 54.

Pridie quam hæres aut legatarius moriatur). Pensaron los antiguos que este legado era como el anterior, y que recaia en aquel caso en que se lega para despues de la muerte del heredero ó del legatario, pues siendo incierto el dia antes de la muerte, y no pudiendo saberse cual haya sido este dia hasta despues de muerto el heredero ó legatario, creyeron que en este caso no podia empezar la obligacion antes de la muerte, mas si, si se hubiese espresamente legado para despues de esta. Por esta causa tambien era inútil semejante estipulacion: *Prometes dar me tal cosa el dia antes que yo muera ó que tú mueras? d.* §. 12. *inf. de inut. stip.* Tal era el escrupuloso cuidado de los antiguos.

Correximus). En virtud de la constitucion de Justiniano puede tambien legarse para despues de la muerte del heredero ó legatario, á la manera que, segun la misma constitucion, vale tambien la estipulacion hecha para despues de la muerte del estipulante ó promitente, *l.* 2. *C. de contr. stip.* El mismo emperador derogó en otra constitucion la regla del derecho antiguo, permitiendo que las acciones pudiesen empezar en y contra los herederos, *l. un. C. ut. act. ab hær.* (a). Para mudar en esta parte el derecho antiguo, se fundó en que consistia en una pura sutileza; pues ¿porqué, siendo lícito dejar un legado para el tiempo de la muerte, no lo ha de ser el dejarlo para despues de la misma, ó para el dia anterior á ella? Es una mera sutileza el atribuir aquí á la vida el

(a) L. 4. tit. 9. P. 6.

instante de la muerte; y solo con este pretesto se defiende semejante legado, y solo por esta palabra *pridie* se invalida el otro.

Quam fideicommissorum). Pues que los fideicomisos ya antiguamente podian dejarse para despues de la muerte del heredero, segun Ulpiano, *tit.* 25. §. 6. *y l.* 3. *de leg.* 3.

TEXTO.

Si pœnæ nomine relinquatur, adimatur, vel transferatur.

36. Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, et adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat, veluti si quis ita scripserit; *Hæres meus si filiam suam in matrimonium. Titio collocaverit:* vel ex diverso: *Si non collocaverit; dato decem aureos Sejo:* aut si ita scripserit: *Hæres meus si servum Stichum alienaverit*, vel ex diverso: *Si non alienaverit, Titio decem aureos dato.* Et in tantum hæc regula observabatur, ut quamplurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur: quin etiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat: eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat: *Titius hæres esto: si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres esto.* Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an cohæredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: et generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil distare à cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.

TRADUCCION.

Si se deja, quita ó transfiere el legado por via de pena.

Tampoco podia antes dejarse, quitarse ni transferirse el legado por via de pena. Dícese que se lega por via de pena aquello que se deja con el objeto de obligar al heredero, á hacer ó no hacer alguna cosa; por ejemplo si uno hubiere dicho: Si mi heredero da su hija en matrimonio á Ticio, *ó por el contrario,* si no se la da, dé diez áureos á Seyo, *ó de este modo:* Si mi heredero enagenare el siervo Estico, *ó por el contrario,* si no lo enagenare dé diez áureos á Ticio. *Y en tanto se observaba esto así como que en muchas constituciones de los príncipes se manifestaba que ni el príncipe aceptaba lo que se le legaba por via de pena; ni semejantes legados valian tampoco en virtud del testamento del militar, á pesar de que las otras voluntades de este al hacer su testamento se observaban en gran manera. Ni las libertades podian tampoco darse por via de pena; y Sabino hasta pensaba que no podia añadirse un heredero por via de pena; por ejemplo, si uno dijere.* Ticio sea heredero Si Ticio diere su hija en matrimonio á Seyo, sea tambien heredero Seyo, *pues no habia ninguna diferencia entre que se obligase á Ticio por medio de la dacion de un legado ó de la adyeccion de un coheredero. Mas semejante escrupulosidad no nos gustó; y dispusimos que en general aquello que se deja, por mas que se diga, quiteó transfiera á otro por via de pena, en nada se diferencie de los demas legados en el dar, en el quitar, y en el transferir, excepto aquellas cosas que son imposibles, prohibidas por las leyes ó malas por otras causas, pues las costumbres de mis tiempos no permiten que semejantes disposiciones de los testamentos valgan.*

NOTAS.

36. *Quod coercendi hæredis causa*, Ulpiano en dicho lugar añade, *no para que pertenezca alguna cosa á otro*, esto es, no para que el legatario consiga con mayor facilidad el legado. Así que este legado: *Dé mi heredero las provisiones de la casa á mi mujer, y de lo contrario déle ciento, l.* 1. *de pen. leg.*, y otros semejantes no son legados de pena, pues aunque tambien aqui se obliga al heredero, con todo no se hace esto con el fin de castigarle, sino de favorecer el legado. El lugar de Africano en la *l.* 1 *de his quæ pœn. cau.* aparece corregido por Triboniano.

Secta meorum temporum). Es decir, la razon, las costumbres, la justicia, *l. ult. C. de pact.* Alex. *l.* 2. *C. ad. leg. Jul. Mas.* Asi que este legado: *Dé mi heredero ciento á Ticio si no bebiere toda el agua del mar ó si no prostituyere á su mujer* es nulo y de ningun momento, porque se impone al heredero por via de pena una cosa imposible ó torpe. Pero vale el legado y se tiene por no puesta la condicion como en el §. *Ante pen. sup. de hær. inst.* cuando la imposibilidad se impone al legatario, como si se dijere: *Lego ciento á Ticio si se bebiere toda el agua del mar, etc.*, lo que debe advertirse.

COMENTARIO.

1. *Varias razones del derecho antiguo que aqui se refieren.*
2. *Qué es el legado de pena?*
3. *Derogacion de este derecho, y causa de ella.*
4. *Muchos intérpretes se equivocaron en este tratado por no haber entendido lo que era legado de pena.*
5. *Nótase un grande error de Bacovio y Sutholdo.*

Este es el tercer caso en que Justiniano mudó el derecho antiguo acerca el modo de legar. Antiguamente nada de lo que se dejaba por via de pena valia, fuese lo que fuese. Ulp. *tit.* 24 §. 17. *l.* 12. *de cond. et dem. l.* 2. *de his quæ pœn.* nom Julio Capitolino

in Antor. c. 8. dice: *El fué el primero que dispuso que no valiese el legado dejado por via de pena.* Ni en esto se diferenciaron los fideicomisos de los legados. Ulp. *tit.* 25. §. 11.

1. Teófilo manifiesta dos razones en que se fundó este derecho: primera, porque se deja este legado al arbitrio del heredero; pues hay una disposicion del derecho que no permite que se deje el legado en la potestad del heredero, *l.* 43. §. *pen. de leg.* 1.; y segunda, porque el fin de legar obsta á semejante legado; pues los legados deben dejarse en virtud del afecto y benevolencia que se profesa al legatario, y no con el objeto de castigar ó atemorizar al heredero. Aquello, empero, que se deja por via de pena no se deja con el objeto de ejercer una liberalidad en favor del legatario, sino en odio del heredero contra la naturaleza del legado; de modo que es una pena, y no un premio ú honra. Tambien puede darse otra tercera razon de este derecho; á saber, que por semejante legado se coartaba la libertad de hacer lo que por derecho es y debe ser lícito de hacer á cada cual, lo que hasta el mismo derecho civil reprueba, *l.* 71. §. 2. *de cond. et dem.* cuya razon parece dar tambien á entender Teófilo cuando dice que este legado prescribe un cierto modo á los herederos, τινὰ ὃν ἔδει αὐτοὺς πολιτεύεσθαι.

Adimebatur vel transferebatur). Por ejemplo: *Doy, lego ciento á Ticio. No dé Ticio su hija en matrimonio á Seyo. Si lo hiciere no le doy lo que le legue,* ó bien, *lo lego á Sempronio.*

2. *Quod coercendi hæredis causa relinquitur*). O tambien aquello que se quita ó transfiere, con el fin de obligar al legatario, segun el ejemplo poco ha propuesto. Algo mas plenamente lo define Ulpiano, *tit.* 24. §. 16. *Légase*, dice, *por via de pena, cuando se deja algo con el objeto de obligar al heredero á que haga ó deje de hacer alguna cosa, no con el de que pertenezca algo á otro;* esto es, no para que el legatario perciba ú obtenga con mayor facilidad lo que se le ha dejado. Esta definicion nos enseña que no todo lo que se deja con el objeto de obligar al heredero se considera legado de pena; sino tan solo aquello que se lega con este solo objeto; lo que debe notarse con cuidado para saber que se entiende que no es legado dejado por via de pena, no solo cuando el heredero no es obligado de ningun modo, sino tambien cuando lo es en favor de otra cosa; por ejemplo para favorecer la adquisicion del legado, ó confirmar la voluntad del testador.

Et in tantum hæc regula observabatur). Amplifica de cuatro modos la regla de los antiguos. 1.° Porque tambien los príncipes se sujetaban á este derecho respectivamente á aquello que se les dejaba por via de pena. 2.° Porque semejantes legados no se debian ni en virtud del testamento del militar. 3.° Porque ni la libertad podia darse por via de pena. 4.° Porque estaba dispuesto que no pudiese darse un coheredero por via de pena. A estos puede añadirse otro; á saber, que ni los fideicomisos, cuya naturaleza era mas lata que la de los legados podian tampoco dejarse por via de pena. Ulp. *tit.* 25. §. 11.

3. *Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit*). Justiniano creyó deber derogar tambien lo que antiguamente se observaba respecto de esta materia por demasiado escrupuloso, y así lo hizo en la constitucion que se halla en la *l. un. C. de his. quæ. pæn. nom.*; de modo que actualmente lo que se deja, quita ó transfiere por via de pena valga lo mismo que lo demás que se ha legado conforme á derecho. Y á la verdad, nadie puede pensar que sea una cosa inicua que el heredero instituido, ó aquel á quien se deja un legado, pueda ser gravado por el testador á proporcion de lo que se le ha dejado, ú obligado á hacer lo que puede honestamente verificar; principalmente, habiendo hasta los mismos antiguos querido que la voluntad del difunto se observase como una ley, *l.* 35. §. 3. *de hær. inst.* Con todo, ha parecido á muchos conforme á humanidad que se escuse de la pena al heredero por una causa justa y probable, Covar. *c. Raynaldus* §. 1. *num.* 7. *Pan. de testam.*

4. De esto, empero, se deduce que se equivocan aquellos intérpretes que piensan; que ya en tiempo de la jurisprudencia media fué lícito legar por via de pena, y que Justiniano habla aqui de un derecho mas antiguo que el que se refiere en las Pandectas. Dió margen á este error el no haber entendido qué cosa es legado de pena. Piensan que este legado: *Dé mi heredero las provisiones de casa á mi mujer; y si no se las diere déle ciento*, cuyo legado valió en todos tiempos, *l.* 1. *de pæn. leg. l.* 1. §. 18. *ad leg. Falc. l.* 19. *quand. dies leg.* es un ejemplo del que se deja por via de pena. Mas segun la definicion de Ulpiano, que poco antes he referido y explicado, aparece que este ejemplo no pertenece á los legados dejados por via de pena, pues en él nada se supone dejado ó dispuesto en odio al heredero, ó con el objeto de obligarle, sino que todo aparece ordenado en favor de la mujer. Es, pues, manifiesta la ignorancia del asunto. Ni es necesario que con Cujacio *trat.* 5. *ad Afric. ad l.* 1. *de his quæ pæn. nom.* esceptuemos de dicha regla este caso: *Edifique mi heredero tal*

monumento, y si no lo hiciere, dé ciento á Ticio, l. 6. l. 27. de cond. et dem.; pues que segun la definicion anterior, ni este debe llamarse tampoco legado de pena puesto que principalmente está dejado por causa del testador, y que por él es provocado el heredero á hacer alguna cosa que el testador quiso que se le hiciese. Con mayor razon hubiera podido suscitar alguna duda en el ánimo de los intérpretes *d. l. 1. de his. quæ pœn. nom.*; pero ya todos los hombres doctos conocen que este lugar está corregido, y que Triboniano puso en la respuesta de Africano estas palabras *illicitè vel probrosè*, y que al fin añadió tambien la palabra *talem* para acomodarla á la constitucion de Justiniano que derogando el derecho antiguo permite el legado dejado por via de pena, esceptuando aquellas cosas que son ilicitas, torpes ó imposibles. Vinn. No está aun con todo bien probado por los eruditos que la *l. 1. de his quæ pœn. non.* fuese corregida por Triboniano. Mas bien el ilustre varon Corn. van Bynckeshoek *de leg. pœn. nom. del. cap. 4.* deduce de alli que antiguamente solo se consideraban legados dejados por via de pena, aquellos por los que el testador queria obligar al heredero á ejecutar alguna cosa torpe; lo que si es cierto no puede imputarse á Triboniano que corrigiese la respuesta de Africano acomodándola á la constitucion de Justiniano, pero si podrá imputársele el que no conociendo bastante la naturaleza de estos legados fué causa de que Justiniano confirmase los legados dejados por via de pena, esceptuando con todo aquellos por los que es el heredero impelido á algun hecho, siendo asi que solo estos son los verdaderos legados de pena. De este modo Justiniano concedió lo que siempre fué licito, y prohibió lo que siempre estuvo prohibido. Si á alguno le parece esto algun tanto improbable por que tambien Ulpiano §. *tit. 24.* §. 17. define los legados de pena casi del mismo modo que Justiniano aqui, debe saberse que fueron legados de pena todos los que se dejaban con el objeto de vejar al heredero imponiéndole muchas veces condiciones ridiculas. Tal fué aquel testamento de Stabero en Horacio *lib. 11. serm. sat. 3. v. 84.*

> *Hæredes Staberi summam incidere sepulchro,*
> *Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum*
> *Damnati populo, atque epulum arbitrio Arri, et*
> *Frumentum quantum metit Africa.*

Justiniano, pues, derogó semejantes sutilezas y mandó que fuesen válidos estos legados con tal que no se mandase al heredero hacer alguna cosa torpe ó contra las buenas costumbres. Véase á Gundling. *Diss. de princ. hær. cap. 6.* §. 52. Hein.

Impossibilia vel legibus interdicta). Imposibles, por ejemplo si uno lega de este modo *Dé mi heredero ciento á Ticio si no tocare el cielo con el dedo, ó si no bebiere toda el agua del mar.* Prohibidas por las leyes ó torpes, como si dijese: *Si no tomare por mujer á su tia paterna; ó si prestare alimentos á su padre, ó si lo redimiere del poder de los enemigos, dé ciento á Ticio, l. 9. de cond. inst.*

5. *Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur*). Con razon no están permitidas, ni aun actualmente, semejantes disposiciones; puesto que no debe haber pena cuando no hay delito ninguno, fraude ni culpa, *l. 131. de verb. sign.* ¿Qué culpa, empero, ó fraude puede imputarse á aquel que no hace lo que es imposible por naturaleza, ó contrario á las leyes y buenas costumbres? Asi pues, este legado: *Dé mi heredero ciento á Ticio si no bebiere toda el agua del mar, ó si no sacare á su madre fuera de casa*, es de ningun momento, segun advierte muy bien la glosa en *d. l. un. C. de his quæ pœn nom.* y se dice espresamente en *d. l. 1. D. eod.* Por esto estraño mucho la opinion de Bacovio *in Treutl. vol. 2. disp. 13. thes. 6.* y de la de Sutholdo, que la sacó de su maestro, *diss. 11. n. 59.*, que pretenden que el caso propuesto no vicia el legado, sino la cláusula añadida y lo que se ha puesto siendo imposible, ó estando prohibido por las leyes, *arg.* §. 10. *sup. de hær. inst. l. 104.* §. 1. *de leg. 1. l. 3. cond et dem.*; en cuyos lugares se dice que la condicion imposible ó torpe añadida al legado no lo vicia, sino que se tiene la misma por no escrita. En efecto, ¿quién no vé la diferencia que hay entre que simplemente se leguen ciento bajo una condicion torpe é imposible, por ejemplo de este modo: *Doy, lego ciento á Ticio si tocare el cielo con el dedo, ó prostituyere su muger*; y que legue ciento por via de pena, imponiendo al heredero alguna cosa torpe ó imposible; por ejemplo, de este modo: *Esté mi heredero obligado á dar ciento sino toca el cielo con el dedo, ó si no prostituye á su mujer?* En aquel caso el legado no se vicia, sino que en favor de la última voluntad se detraen ó remiten semejantes condiciones para que no perjudique al legatario, á quien nada puede imputarse el no cumplir una condicion, que por la naturaleza de las cosas ó por las leyes no puede cumplirse. En este el legado es nulo, no por la torpeza ó imposibilidad de la condicion, sino porque se ha dejado con el objeto de

castigar al heredero en caso que no cumpla la condicion, esto es, que no haga lo que por la naturaleza ó la ley no puede hacer; en cuyo caso es inútil semejante legado para que no sea castigado aquel que no merece pena ninguna. Y que esta es la intencion de Justiniano se deduce bastantemente de que confirmando los legados que se dejan por via de pena, esceptúa aquellos que son imposibles ó torpes. Vió tambien esto por fin el mismo Bacovio, y lo confesó en sus comentarios á este párafo.

« En España conocemos otra especie de « legados que llamamos forzosos, y son aque« llos que deben dejarse á ciertos y deter« minados lugares para objetos piadosos. Ta« les son los treinta y dos maravedises que « se deben dejar para la conservacion de « los lugares santos; y si las disposiciones tes« tamentarias se otorgan en Madrid, y ocho « leguas dentro de su radio, cuarenta y ocho « maravedises para la curacion de los po« bres enfermos de los Reales hospitales. Ade« más doce reales vellon para las mujeres viu« das de los que murieron en la guerra de « la independencia. Aquí debemos advertir « que, aunque las últimas disposiciones cadu« quen por el defecto de número competen« te de testigos, los legados piadosos y man« das forzosas quedan subsistentes. »

TÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO.

De los modos de quitar y transferir los legados.

CONC. CON EL LIB. 34. TIT. 4. DEL. DIG. (a).

Continuacion. De varios modos pueden quitarse los legados.

Hasta aqui se ha hablado de lo que pertenece á la constitucion de los legados: ahora, segun es costumbre entre los jurisconsultos, se esplica de que modo se invalidan los que han sido bien hechos desde un principio. Esto sucede, y además de otros modos, quitándolos y transfiriéndolos, de solo los cuales habla aqui Justiniano. El testador tiene una facultad latísima de quitar ó de transferir á otro lo que en un principio legó á alguno, siendo la voluntad del hombre ambulatoria hasta la muerte, *l. 4. h. t.* (b). Se quitan los legados ó *ipso jure*, ó por medio de escepcion (c). Se considera quitado el legado *ipso jure* cuando el testador manifiesta una voluntad contraria, lo que puede hacerlo ó por medio de palabras, ya directamente contrarias, declarando el testador que quita lo que dió, ya cualesquiera otras de las que se deduzca claramente que ha mudado su primer propósito, *arg. l. 15. eod.*; ó bien por medio de hecho; por ejemplo, si deliberadamente borrase el legado, *l. 16 eod.*, ó destruyere la cosa legada, *l. 65. §. ult. de leg. 1. l. 88. §. 2. de leg. 3.*, ó la transformare en una nueva especie que no pueda reducirse á la primera, *d. l. 88. in pr. y §. 1.* (d), ó la hubiere enagenado sin que á ello le precisase necesidad ninguna (e), de cuyo caso se ha tratado en el §. 12. *del tit. prec.*; ó por último si uno hubiere exigido de su deudor la deuda que habia legado á un tercero, de lo cual se habla en el §. 21. *sup. eod.* Por medio de escepcion se quita el legado si ha intervenido algun hecho del cual puede deducirse que el testador ha mudado de voluntad, no habiendo declarado manifiestamente ni por palabras ni por hechos que quita el legado; por ejemplo, si se hubiese suscitado una grave enemistad entre el testador y el legatario, sin que haya seguido la reconciliacion, en este caso si este último pidiere el legado, podrá oponérsele la escepcion de dolo nacido de la nuda voluntad contraria que se presume: *l. 3. §. ult. l. seg. h. tit.* Por consiguiente opino en union con Bartolo en

(a) L. 39. y sig. tit. 9. P. 6.
(b) L. 25. tit. 1. P. 6.
(c) L. 39 tit. 9. P. 6.
(d) L. 42. tit. 9. P. 6
(e) L. 40. tit. 9. P. 6.

la *l. 14. de leg. 1. Myns.* y Schneid *hic.*, que puede el legatario ser removido por medio de la escepcion de dolo aun en el caso en que el legado haya sido quitado en un testamento imperfecto, puesto que esta escepcion obsta á todos los que no tienen en su favor la voluntad del testador, *l. 4. §. 10. de dol. mal. exc. l. 36. §. 3. de testam. mil.* Además de estos modos, y esto no lo dice aquí Justiniano, se extinguen tambien los legados si, por ejemplo, el testamento en que se dejan se rompe ó hace irrito, *l. 47. de injust. rupt. l. 8. §. ult. de inoff. test. l. 48. de reg. jur. l. 1. C. de post. hær. inst.* Con todo, hay en este caso una escepcion por derecho novísimo; á saber, cuando el testamento ha sido rescindido por causa de preterición ó desheredacion; pues cuando esto sucede solo se invalida la institucion, quedando subsistentes los demás capítulos, *auth. ex causa. C. de lib. præt.* Véase mas arriba el *tit. de inoff. test.* Por último, la misma libertad que hay para quitar un legado, hay tambien para transferirlo á otro, sobre lo que se habla en el §. 1. ó sea en la otra parte de este título.

TEXTO.

De ademptione.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est. Sed et sive contrariis verbis fiat ademptio; veluti si, quod ita quis legaverit. *Do, lego*. ita adimatur; *Non do, non lego*, sive non contrariis, sed aliis quibuscumque verbis.

TRADUCCION.

Del acto de quitar un legado.

Ya se quiten los legados en testamento, ya en codicilos, es válido este acto, y esto tanto si se quitan por medio de palabras contrarias; por ejemplo si lo que se habia legado así: Doy, lego, *se quita de este modo:* No doy, no lego; *como con otras cualesquiera que no sean contrarias* (a).

NOTAS.

Sive codicillis). En los confirmados por testamento se quitan *ipso jure*, Ulp. *tit.* 24. §. 27. *l. 43. de man. test. l. 16. de vulg. et. pup.*; y en los no confirmados, con el ausilio del pretor, oponiendo al legatario la escepcion de dolo malo, *l. 4. §. 10. de dol. mal. exc.*

Firma est). *L. 47. C. de leg.* Pues la voluntad del hombre es ambulante hasta la muerte, *l. 4. h. t.*

Aliis quibuscumque verbis). Como en la *l. 3. §. 8. l. 15. eod.*; ó bien si por medio de algun hecho hubiere manifestado su voluntad contraria; de lo que se hallan varios ejemplos en la *l. 16. eod. l. 65. §. 2. de leg 1. l. 88. eod. 3. §. 12. sup. tit. præc.* Por medio de escepcion se quita tambien el legado por la presuncion de una simple voluntad contraria, por ejemplo si se hubiere suscitado una grave enemistad entre el testador y el legatario, sin que haya intervenido la reconciliacion, *l. 3. §. ult. l. 4. h. t.*

COMENTARIO.

Sive eodem testamento). Hace mencion tan solo del mismo testamento, porque si se hubiere hecho otro, se invalidan con esto solo los legados que habian dejado en el primero destruyéndose á una con el testamento en que se han dejado, sin necesidad de otra revocacion. Así pues, lo que se ha dejado en primer lugar en el testamento, puede quitarse en otro lugar del mismo, *l. 13. l. 17. h. t. l. 16. de vulg. et pup.*; y hasta creo que puede revocarse desde luego y en seguida; por ejemplo, de este modo: *Doy, lego ciento á Ticio: no se los doy, no se los lego.* Ni obsta lo que se dice en la *l. 188. de reg. jur.* en la que se dispone que de las cosas que en el testamento pugnan entre sí no valga ninguna, lo que tradujeron los griegos Τὰ ἐν διαθήκῃ ἀλλήλοις ἐναντιούμενα οὐκ ἔρρωται, es decir: *las cosas contradictorias en el testamento no valen*; puesto que esta regla solo tiene lugar en las cosas perplejas, y que se oponen entre sí, de lo cual tenemos un ejemplo en la *l. 16. de cond. inst.*; y no cuando lo primeramente escrito es despues mudado, corregido ó rescindido, *d. l. 17.* y en ella la Glosa y Bart. *h. t.*

Sive codicillis). Entiéndanse confirmados por testamento, como dicen muy bien Martin y Placent. segun Acursio aquí y en el *pref. Nov. 159. vers. manifestum*; puesto que no pudiendo en los no confirmados dejarse nada directamente, *l. 43. de man. test. §. 10. inf. de fideic. hær.* es consiguiente y lo prueba la *l. 16. de vulg. et pup.* que nada de lo que se habia dejado en testamento podia quitarse en codicilos no confirmados; de modo, se entiende que este acto valiese *ipso jure*; puesto que no debe dudarse que el legatario podia en este caso ser repelido por la escepcion de dolo malo; *l. 4. §. 10. de dol. mal. exc.* Se equivocan, pues, Acursio *dd. loc.* y Bart. en la *l. 14. de leg. 1.*, de los

(a) L. 39. tit. 9. P. 6.

cuales aquel pretende que ni en los codicilos confirmados se quitan *ipso jure* los legados; y este por el contrario que hasta en los codicilos no confirmados se quitan *ipso jure*, aunque esto último puede defenderse por derecho nuevo. Como, empero, antiguamente no podian dejarse legados ab intestado no podia tener lugar la cuestion de si los dados de este modo podian quitarse en otros codicilos, pero podia tener lugar semejante cuestion en los fideicomisos. Mas hoy dia, despues de la equiparacion de aquellos con estos tambien tiene lugar en los legados; los que pudiendo dejarse en codicilos y ab intestato, es consiguiente que del mismo modo puedan tambien quitarse *ipso jure*, y así se observa.

TEXTO.

De Translatione.

1. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest: veluti si quis ita dixerit: *Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego*: sive in eodem testamento, sive codicillis id fecerit, quo caso simul et Titio adimi videtur, et Sejo dari.

TRADUCCION.

De la translacion.

Tambien puede transferirse un legado de uno á otro, por ejemplo, si uno dijere: Doy, lego á Seyo el siervo Estico que legué á Ticio, *ya lo hiciere esto en testamento, ya en codicilos; en cuyo caso se considera que á la vez lo quita á Ticio y lo da á Seyo.*

COMENTARIO.

Ab alio ad alium). Está sacado de Cayo, *l.* 5. *h. t.* Puede, empero, la translacion hacerse de otros modos: Paulo en la *l.* 6. *eod.* refiere cuatro. *Pues, dice, ó se transfiere de una persona á otra,* (á cuyo modo pertenece el ejemplo aquí propuesto) *ó se muda la persona á quien se ha mandado que dé en otra para que lo verifique esta; ó una cosa por otra como diez áureos en vez de un fundo; ó lo que se ha dado puramente se deja bajo de condicion.* Añádase á estos otro, á saber, cuando lo que se habia dejado antes bajo de condicion, se lega despues puramente, *l.* 79. *de cond. et dem.*

Hominem Stichum quem Titio lego, Sejo do, lego). Parece semejante esta fórmula á la de la conjuncion en la cosa, cuando se lega disyuntivamente una misma cosa á dos como es: *Doy, lego á Ticio el siervo Estico: Doy, lego el mismo á Seyo*; por la cual no se considera que se quite nada á Ticio, sino que en union con este se llama á Seyo á la misma cosa, §. 8. *tit. prec.*, á no ser que claramente apareciere que el testador quiso quitar el legado, *l.* 33. *de leg.* 1. Sin embargo, estas fórmulas son del todo diferentes, y cuando uno dice *Doy, lego á Seyo lo que legué á Ticio* del mismo contexto aparece claramente que no se une á Ticio y Seyo en la misma cosa, sino que se quita á Ticio lo que se le habia legado, y que se deja á Seyo. Por esta causa, aunque no se mude la persona del legatario, sino que por ejemplo dijere el testador, aunque lo dijere en seguida: *Dé mi heredero á Ticio el siervo Estico que le legué si hiciere esto ó aquello*, se ha respondido que el legado se considera transferido bajo de condicion, á causa de que el segundo legado se ha escrito haciendo mencion del primero, *l.* 89. *de cond. et dem.* Parece, con todo obstar lo que Ulpiano y Paulo, sacándolo de Juliano dicen que en este caso: *Sea Sempronio heredero en la misma parte en que instituí á Seyo*, Sempronio y Seyo se consideran juntamente instituidos, *l.* 45. *in. pr. de hær. ins. l.* 142. *in fin. de verb. sign.* Algunos piensan que esto se observa así en las instituciones, pero no en los legados, lo que yo creo que es falso, y que son diversas estas fórmulas: *Lego á Seyo el siervo Estico que legué á Ticio*; y, *el siervo Estico que legué á Ticio lo lego tambien á Seyo*; pues por la primera se quita claramente á Ticio lo que se deja á Seyo, y por esta se une manifiestamente á entrambos en la misma cosa, al legarse á los dos lo mismo. VINN. Algunos suelen dar esta regla: *De la repeticion del nombre del primer legatario se presume la translacion, y la conjuncion de la no repeticion del mismo*; por ejemplo: Doy, lego á Cayo el siervo Estico que legué á Ticio. Doy, lego el siervo Estico á Cayo: doy, lego el mismo á Ticio. Ni obsta el ejemplo que se halla en la *l.* 45. *pr. de hær. inst.*; pues si se lega el siervo Estico por partes iguales á Cayo y Seyo, esto mismo manifiesta claramente que no hay aquí translacion sino conjuncion. Nuestra regla, empero, solo indica lo que debe presumirse en caso de duda. Véase al célebre Pagenstech. *Admonit. ad Pand. Part.* 5. §. 148. *p.* 581. HEIN.

TÍTULO VIGÉSIMO SEGUNDO.

De la ley Falcidia.

CONC. CON EL DIG. LIB. 35. TIT 2. CON EL C. LIB. 6. TIT. 50. Y CON NOV. 1. (a).

Razon del método y argumento del título.

En el tratado de los legados no debió omitirse hablar de la ley Falcidia, por la que se reprimió últimamente la antigua libertad de legar, y se constituyó el modo de los legados. Indícase aquí en primer lugar la causa de la promulgacion de dicha ley, y luego se hace el resúmen del derecho por la misma establecido. En tercer lugar se manifiesta á que tiempo ha parecido deber atenderse para calcular el patrimonio y suponer la razon de la ley; diciéndose al último que cosas se deducen antes de la Falcidia, y de que modo tiene lugar en los demás la razon de la ley.

TEXTO.

Continuatio. Ratio et summa hujus legis.

Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum esset, *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto:* visum est hanc legandi licentiam coartare: idque ipsorum testatorum gratiâ provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditates adire. Et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id est ut sive unus hæres institutus sit, sive plures, apud eum eosve pars cuarta remaneat.

TRADUCCION.

Continuacion. Razon y resúmen de esta ley.

Falta que hablemos de la ley Falcidia, por la que se puso últimamente cierto límite á los legados; pues siendo antiguamente libre la facultad de legar, de modo que uno podia invertir todo su patrimonio en legados, pues estaba dispuesto por dicha ley, que se tuviese por ley todo lo que uno legase ó dispusiese acerca de su cosa, *pareció deber coartarse esta licencia de legar, y esto en beneficio de los mismos testadores á causa de que muchas veces morian intestados, pues los herederos escritos rehusaban adir la herencia no reportando de ella ningun lucro ó muy corto. Y habiéndose dado sobre esto la ley Furia y la ley Voconia, ninguna de las cuales parecia suficiente para el objeto, se promulgó por último la ley Falcidia, por la que se dispone que nadie pueda legar mas del dodrante de sus bienes: esto es, que ya sea uno, ya muchos los herederos instituidos, le o les deba siempre quedar la cuarta parte (b).*

NOTAS.

Ipsorum testatorum gratia). No de cada uno de ellos, sino considerados generalmente y en abstracto; pues que estas leyes se dieron mas bien en beneficio particular de los herederos, *l. 71. h. t.*

Tam lex Furia, quam Voconia). De los cuales aquella disponia que á nadie pudiesen legársele mas de mil ases, Ulp. *in frag. pr.*: y esta que ninguno que estuviese en inscrito en el censo pudiese dejar á ningun legatario mas de lo que dejaba al heredero. Cic. 4. *in Verr. cap.* 45.

Sive unus, sive plures). Esto, empero, debe entenderse de modo que solo tenga lugar si simplemente se han dejado los legados por medio de todos; pero no cuando se ha gravado á uno de ellos particularmente, §. *seg.*

COMENTARIO.

1. *Causa de la promulgacion de esta ley.*
2. *Explícanse aquellas palabras de la ley de las doce tablas*, uti quisque legassit suæ rei.
3. *Bajo que aspecto se dice que las leyes Furia, Voconia y Falcidia se dieron en favor de los testadores.*
4. *Dichas leyes se promulgaron principalmente en beneficio de los testadores, y no en el de cada uno de los testadores.*
5. *Por quién se dió la ley Furia, y qué se dispuso en ella?*

(a) Tit. 11. p. 6.

(b) L. 1. tit. 11. P. 6

6. *Por quién fué dada la ley Voconia, y qué es lo que en ella se dispuso?*
7. *Cuándo y por quien fué dada la ley Falcidia, y qué en la misma se estableció?*
8. *A qué cosas se hizo estensiva la fuerza de la ley desde luego ó paulatinamente?*

1. *Lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas*). Esta fué la causa, ó mas bien la ocasion de darse esta ley. Por la de las doce tablas era lícito á los testadores distribuir todo su patrimonio en legados, no dejando al heredero mas que el gravámen y molestia de las deudas; pues que por ella estaba establecido que se tuviese por ley todo lo que cualquiera dispusiese acerca de su cosa, *l.* 120. *de verb. sign.* Haciendo uso los testadores de semejante facultad, sucedia muchas veces que sus últimas voluntades quedaban destituidas, pues los herederos escritos no reportando lucro ninguno, ó uno muy pequeño, rehusaban adir la herencia, y enredarse sin necesidad ninguna, y solo en obsequio de un tercero, en grandes cargos. Siendo esto perjudicial á los mismos testadores, y habiéndose creido que interesaba al público que se observasen las últimas voluntades de los hombres, *l.* 5. *test. quem. aper.*, pareció ser del interés de la república invitar con algun lucro á los herederos á adir la herencia, para que de este modo se sostuviesen las últimas voluntades de los difuntos; lo que se creyó que podia conseguirse facilmente si se coartaba dentro de cierto modo y límites la libertad de legar: pues que no distribuyéndose todo el patrimonio en legados, quedaria algo que podrian adquirir los herederos en virtud del testamento; y habiéndose intentado esto primeramente por la ley Furia, y despues por la Voconia, se perfeccionó por último por la Falcidia.

2. *Uti quisque legassit suæ rei*). De esta manera se refieren tambien las palabras de la ley de las doce tablas en la *l.* 120. *de verb. sign.* Dicese *legassit suæ rei* en vez de *super pecunia et re sua* segun el Autor *á Herenn. lib.* 1. y Ulpiano en sus *fragm. tit.* 11. §. 13. refieren las palabras de la ley; como que hubiese dicho sobre las utilidades y ventajas de su cosa, de suerte que es este un dativo puesto adquisitivamente, segun dicen los gramáticos. De ningun modo está conforme que estas palabras *rei suæ* las referimos á aquellas otras *jus esto*, y no vale el verbo *legassit*, de modo que leemos *Uti legassit, ita ut rei suæ jus esto,* como quiere Alciato en *d. l.* 120. y Baron *aqui*. Primero, porque aquellas palabras *ita jus esto* se ponen absolutamente: y segundo, porque aun cuando se refiriesen á otra cosa nadie diria nunca, *ita jus esto illius rei*, sino *de illa re*. Finalmente, no decimos en caso de haber uno legado alguna cosa, *ita jus esto de re sua* sino *de re ejus*, empleando el pronombre demostrativo y no el recíproco porque el legante no ha hablado antes de sí mismo. Vinn. En otro lugar espusimos mas latamente esta ley decemviral. Véanse nuestras *Ant. Rom. lib.* 11. *tit.* 15. *not. p.* 456. *edit. nov.* Hein.

3. *Impsorum testatorum gratia*). Dice que las leyes Furia, Voconia y Falcidia fueron dadas en favor de los mismos testadores; á saber, para que, segun luego añade, no quedase sin efecto su voluntad, quedando destituido el testamento. Tal vez fué tambien la razon porque aquellos que consumen todo su patrimonio en legados, es creible que lo hacen por error, creyendo que sus bienes son mas cuantiosos de lo que en realidad lo son, *arg. l.* 25. *qui et á quib. man.* No obstante, aun conservando la entera libertad de legar, y distribuido por la misma todo el patrimonio, pueden aun hacer los legatarios que se sostenga la voluntad; puesto que para no perderlo todo si queda destituido el testamento, preferirán pactar con el heredero, y remitirle una parte; §. 2. *in fin. eod.* Con todo, los legisladores pensaron que el heredero adiria con mayor facilidad la herencia si tenia alguna parte en virtud de su derecho propio y por beneficio de la ley, que no si tan solo la tiene por beneficio de los legatarios.

4. De aqui puede ya deducirse que estas leyes no fueron dadas en favor de cada uno de los testadores, sino que estos fueron considerados por los legisladores en general y como en abstracto, como que todos tengan la intencion de querer mas bien que se quite una parte á los legatarios, que no que se destruya su voluntad enteramente. En efecto, si se hubiesen introducido solo en favor de los testadores, hubiera sido lícito á cada uno, á Ticio por ejemplo, renunciar á ellas y disponer en su testamento que el heredero no se valiese de ninguna de ellas. Esto, empero, es cierto que no fué lícito; antes por el contrario, á pesar del testador, contra su voluntad, y aun prohibiéndolo, ejercieron su fuerza dichas leyes, segun espresamente se dice en la ley Falcidia, *l.* 15. §. 1. *y ult. l.* 86. *in fin. h. t.*, consecuente al segundo capítulo de dicha ley, por el que no se permite á nadie legar mas que el dodrante de sus bienes *l.* 1. *in pr. vers. secundo eod.* Evidente prueba de esto es, que en el testamento del militar no tiene lugar la ley Falcidia *l.* 7. *C. eod. l.* 12. *C. de test. mil.*, pues si se hubiese introducido en virtud de

la sola voluntad del testador deberia con mayoria de razon tener lugar en el testamento del militar, puesto que la voluntad de este es mucho mas atendida que la de los otros; pues es enteramente ageno de la razon del derecho lo que Porcio, en union con Minsingero dicen que en el testamento del militar cesa la ley Falcidia, porque en el mero hecho de disponerse que no tenga esta lugar en él, se entiende dispuesto tambien que el heredero instituido por el militar, quiera ó no, debe adir la herencia, siendo, en caso de no querer, compelido á ello por el magistrado; y aun mas ageno es lo que con Corasio piensa el primero que en caso de repudiar el heredero instituido por el militar están obligados á satisfacer los legados los sucesores ab intestato. ¿Y qué sucederá si estos repudiaren tambien? Finalmente, dedúcese tambien que la Falcidia no se introduce en virtud de la voluntad de cada uno de los testadores, de que se elogia al heredero que satisface integramente los legados, como que cumple mas bien con la confianza, y porque puede mas con él la voluntad del testador que el beneficio de la ley, *l.* 1. *y ult. C. h. t. l.* 5. §. 15. *de don. int. vir. et uxor.* Tambien sabemos de aqui que estas leyes se dieron principalmente en favor de los herederos, y la Falcidia especialmente, de sola la cual tratamos ahora; lo que se dice tambien espresamente en la *l.* 71. *h. t.*; y por lo tanto van del todo equivocados aquellos que afirman que estas leyes se introdujeron principalmente en favor de los testadores, en cuyo número se cuenta tambien Hotomano.

5. *Lex Furia*). C. Furio tribuno de la plebe, fué el primero que coartó aquella libre facultad de legar dando una ley para que á nadie pudiese dejarse mas de mil ases, estableciendo la pena del cuádruplo contra aquel que recibiese mas, Ulp. *tit.* 1. y Teófilo *aqui*, quien sin embargo no dice *ases*, sino νομίσματα, es decir, monedas ó sean áureos ó sueldos. Y tal vez esta es la misma ley de que habla M. Tulio *pro Corn. Balb. cap.* 8. *C. Furio*, dice, *dió entre nuestros mayores una ley sobre los testamentos.* Sin embargo, no me atrevo á afirmar esto positivamente; porque no expresa lo que se dispuso en la ley de que hace mencion; y por solo Ulpiano y Teófilo podemos saber lo que se estableció en la ley Furia testamentaria de que habla aqui Justiniano; esto es, que se intentó coartar la libre facultad de legar, no permitiendo que á nadie se dejaran mas de mil ases. De esta suerte, empero, aunque [illegible] á los legados no se puso límites á la facultad de legar; y disponiendo tan solo la ley de cada uno de los legatarios, podia fácilmente suceder que haciéndose varios legados se distribuyese en ellos toda la herencia, principalmente si no era muy opulenta, y se recayese en el antiguo inconveniente.

6. *Lex Voconia*). Habiendo la esperiencia, maestra de todas las cosas, enseñado que por la ley Furia no se obviaba el antiguo inconveniente, Q. Voconio, tribuno de la plebe, creyó deber poner otro remedio; por lo que derogando la ley Furia, dió otra por la que mandó que ningun ciudadano inscrito en el censo pudiese dejar á ningun legatario mas de lo que dejase al heredero ó herederos, segun se deduce de la Verrina acerca de la pretura urbana; en donde se hace mencion de dos capítulos de esta ley, de los cuales el uno coartó las sucesiones de las mujeres, y el otro (segun dice tambien Teófilo) dispuso que al legatario no se le dejase mas que al heredero. Pero tampoco por esta ley se puso límites á la libertad de legar, puesto que tan solo hablaba de cada uno de los legatarios. En efecto, ¿qué sucederia si el número de los legatarios fuese tan crecido, que dejando á cada uno una séxtula, se deje tan solo esta cantidad al heredero, ó tal vez un solo áureo? ¿Quién adirá la herencia movido por el cebo de tamaña ganancia? Por otra parte, dicha ley solo hablaba de aquellos que estaban inscritos en el censo; mas aquellos que no lo estaban podian dejar á un legatario mas de lo que dejaban al heredero, segun se puede deducir del mismo lugar de Ciceron.

7. *Lex Falcidia*). La cual es un plebiscito. Fué dada por P. Falcidio, tribuno de la plebe, en tiempo de Augusto, siendo cónsules Cn. Domicio, Calvinio, y C. Asinio Polion en el año 745 de la fundacion de Roma, segun Dion. *lib.* 48. *páj.* 430. Solo por esta ley se circunscribió dentro de ciertos límites la libertad de legar, pues no habla de los legatarios en particular, sino de todos ellos en general, disponiendo que no se distribuya mas del dodrante en legados, *l.* 1. *h. t.* Por lo que, por muchos que sean los legatarios, siempre es preciso despues de esta ley que ceda el cuadrante de los bienes en beneficio del heredero; pues las leyes anteriores, aunque prescribian cierto modo á los legados, no ponian límites á la facultad de legar; pero esta estableció entrambas cosas; por cuya causa quedaron derogadas las antiguas, subsistiendo la última hasta nuestros dias.

8. *Ne plus legare*). La ley Falcidia parece haber espresamente hablado de los legados.

No obstante se hizo estensiva á otras cosas, y por la interpretacion de los prudentes pienso que desde luego á los fideicomisos singulares; pues no puedo decidirme á creer que se dispusiese asi por primera vez en el senado-consulto Pegasiano, que no fué dado hasta cien años despues de promulgada aquella ley, aunque veo que todos son de este parecer; fundándose para ello en el §. 5. *del tit. sig. vers. ex singulis.* En efecto, queriendo y disponiendo la ley que no se deje á los herederos menos de la cuarta parte de los bienes, de modo que no pueda por lo tanto dicha parte ser quitada ni disminuida por el testador, *l.* 15. §. 1. *y últ. h. t.* ¿quién creerá que por tan largo espacio de tiempo fué lícito hacer esto oblicuamente, y contravenir al espíritu de la ley, gravando ó consumiendo el patrimonio con fideicomisos? Ni en *d. vers. ex singulis* se dice espresamente que la retencion de la cuarta parte de los fideicomisos singulares fuese permitida por el senado-consulto Pegasiano, sino simplemente que se permitió sin decir en virtud de que ley; aunque tambien puede dicho lugar interpretarse de otro modo. Aun mas: aun cuando Triboniano afirmase esto espresamente, no le daria entero crédito; pues en nuestros libros, por lo que hace á esta materia se trata promiscuamente de los legados y fideicomisos singulares, *l* 5. *l.* 13. *l.* 15. *l.* 18. *h. t. l.* 5. *C. eod.* Tambien se hizo estensiva con el tiempo la ley Falcidia á las donaciones por causa de muerte, lo que se dispuso en la constitucion de la *l.* 5. *C. eod. l.* 2. *C. de don. mort. cau.* Si alguno dijere que tambien por medio de las donaciones por causa de muerte podia eludirse la ley, debe advertir que antiguamente antes de dicha constitucion era igual lo que se observaba en estas donaciones y en las hechas entre vivos; pues to que lo así donado no entraba en la computacion de la Falcidia, á causa de que salia ya de los bienes del testador durante su vida, y lo donado por causa de muerte se transferia tambien la mayor parte de las veces desde luego al donatario. Con todo, como que semejante donacion podia ser revocada, y no se consideraba plena y perfecta antes de haberse seguido la muerte, *l.* 32. *de mort. cau. don.*, por esta causa creyó el emperador Severo que tambien lo así donado se contaba hasta entonces en el patrimonio, de modo que por razon de la Falcidia pudiese detraerse de ello la cuarta parte. Los fideicomisos, empero, quedan de todos modos en los bienes; de suerte que solo despues de la muerte son satisfechos por el heredero. A ejemplo de las donaciones por causa de muerte se introdujo tambien la Falcidia en las que tienen lugar entre marido mujer y que se confirman por la muerte, *l.* 12. *C. h. t.* habiéndose tambien á causa de los fideicomisos admitido en las sucesiones intestadas; lo que segun Paulo, *l.* 18. *h. t.* lo estableció el emperador Pio. Por último, hízose estensivo el senado-consulto Pegasiano á las herencias fideicomisarias, sobre lo que t ataremos separadamente en el *tit. sig.* VINN. A esto añado, sacándolo de Paulo, 3. *tit.* 8. §. 1. que ya en dicho tiempo se habia la ley Falcidia estendido á los fideicomisos; pues dice así: *Exhausta la herencia por los legados, fideicomisos ó donaciones por causa de muerte, el instituido heredero puede retener el cuadrante con el ausilio de la Falcidia.* Y refiriendo el mismo Paulo en la *l.* 8. *ff. h. t.* que ya en tiempo del emperador Pio se hizo esta ley estensiva á los fideicomisos dejados ab intestato, es muy verosimil que ya antes del mismo valió tambien en los fideicomisos dejados en testamento. Si, empero, esto fué ya antes del senado-consulto Pegasiano, no es mas claro de lo que lo es si dicha interpretacion fue introducida por el S. C. referido. HEIN.

Sive unus, sive plures). Debe, con todo, distinguirse si han sido igualmente gravados todos los herederos, ó si habiendo varios instituidos en partes determinadas lo han sido algunos especialmente; pues en aquel caso para que deban pagarse íntegramente los legados, basta que no escedan del dodrante de la herencia; mas no así en el segundo; por que cada cual debe tener el cuadrante de la parte en que ha sido instituido, acerca de lo cual hablaremos en el §. *sig.*

Pars quarta remaneat). Y no solo puede el heredero retener la cuarta en caso que posea, ó reclamarla si la ha pagado por error de hecho *l.* 81. *h. t. l.* 9. *C. eod.*, sino tambien, en caso que no posea, puede vindicar su porcion de cualquier poseedor, *l.* 26. *eod.* Cuyacio piensa que Justiniano fué el primero que estableció esto, *l. pen. C. eod.* pero se opone á esto el que los legados se disminuyen á prorata *ipso jure* por la ley Falcidia, *l.* 73. §. *ult. eod.* Véase á Ant. Fabro, *lib.* 4. *conj.* 1. *y lib.* 6. *cap.* 2.

TEXTO.

De pluribus hæredibus.

1. Et cùm quæsitum esset, duobus hæredibus institutis, (veluti Titio et Sejo) si Titio pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: à Sejo verò aut nulla relicta sint legata, aut qua parte ejus dumtaxat in

partem diminuant; an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere licet, ut quartam partem suæ partis salvam habeant: placuit posse retinere. Etenim in singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

TRADUCCION.

Del caso en que hay muchos herederos.

Y habiéndose preguntado en el caso de haberse instituido muchos herederos (por ejemplo, Ticio y Seyo) si la parte de Ticio ha sido enteramente consumida ó gravada en gran manera con legados que se le han impuesto á él especialmente, y á Seyo no se le ha gravado con ningun legado ó con tales que solo disminuyen en parte su porcion, si porque este tiene la cuarta parte ó mas de toda la herencia, Ticio no podrá retener nada de los legados que se le han impuesto de modo que tenga íntegra la cuarta parte de su porcion, y se dispuso que pudiese retenerla; pues la razon de la ley Falcidia se ha de suponer en cada uno de los herederos.

NOTAS.

1. *Exhausta aut supramodum onerata*). Segun la ley Falcidia, puede dividirse la herencia, pero no agotarla ó sobrecargarla. *Cuyacio.*

Placuit posse retinere). La razon de dudar que aquí hay es porque podia parecer que quedaba cumplida la ley quedando íntegra en poder del otro la cuarta parte.

In singulis hæredibus). Esta es la razon de decidir, sacada de la *l.* 77. *eod.*; pues queriendo la ley mirar por el bien de todos y cada uno de los herederos, aparece que no se cumple con ella si á cada uno de los mismos no se le conserva íntegro el cuadrante de su parte.

COMENTARIO.

1. *Porque se dudó si en el caso aquí propuesto tenia lugar la Falcidia, y porqué lo tiene?*
2. *Cuándo tiene lugar la razon de la ley en las porciones de los que faltan?*

Por la ley Falcidia se concedió á los padres de familia la facultad de dar y legar en su testamento todo lo que quieran, con tal que lo verifiquen de modo que quede al heredero no menos de la cuarta parte. Cuando solo hay un heredero instituido, la cosa es clara; pues, si este despues de haber pagado los legados, tiene íntegra la cuarta parte de toda la herencia, se ha cumplido con la ley, debiendo el heredero contentarse con la dicha porcion; ya haya sido instituido en el as, ya lo haya sido en varias partes, en una de ellas puramente, en la otra bajo de condicion, en la una sin gravámen de legados y en la otra con él, *l.* 1. §. 13. *l.* 11. §. *pen. h. t.*; la razon de lo cual puede sacarse de la *l.* 52. §. 1. *de acq hær.* Manifiesto es tambien el sentido de la ley cuando hay muchos herederos instituidos sin señalamiento de parte ó cuando los legados se han impuesto simplemente á todos. Pero se pregunta, en el caso de haberse instituido dos ó mas herederos, y solo ha sido distribuida ó gravada la porcion del uno, se pregunta, decimos, si debe considerarse cumplida la ley, si entre los demás coherederos tienen íntegra la cuarta parte de toda la herencia; y se responde que no se considera cumplida, porque la ley no habla tan solo de algun heredero, sino que favorece igualmente á todos ellos, *l.* 77. *eod. h. t. in fin.*

1. *Duobus hæredibus institutis*). Un testador, que no tenia mas que ciento en sus bienes, instituyó dos herederos, por ejemplo, á Ticio y Seyo, á cada uno en el semise. Por medio de Ticio legó cuarenta ó cincuenta; pero por medio de Seyo nada ó menos de veinte y cinco; de suerte que este solo tenga la cuarta parte de toda la herencia ó mas. Pregúntase si, muerto el testador, está Ticio obligado á pagar los cuarenta ó cincuenta con que se le ha gravado, ó si no obstante puede retener la cuarta parte de su porcion. Podria parecer que la ley Falcidia quedaba cumplida teniendo el otro coheredero íntegra la cuarta parte, y que era bastante para el espíritu de la ley; esto es, para sostener el testamento, que uno solo contento con su cuadrante ada la herencia. Con todo, se quiso que en el caso propuesto Ticio pudiese retener la cuarta parte de la en que ha sido instituido, pues que la ley no dispone simplemente que quede íntegra la cuarta parte de la herencia, sino espresamente que los herederos tengan la cuarta parte en virtud del testamento. Con cuyas palabras no entendiéndose que mira tan solo la ley por algun heredero, sino para todos y cada uno de ellos, aparece que tampoco se cumplirá con la misma, á no ser que á acada uno se le deje íntegra la cuarta parte de su porcion; y esto es lo que se dice que en cada uno de los herederos debe suponerse la razon de la ley Falcidia, *l.* 77. *h. t.*

2. *In singulis hæredibus ratio legis ponenda est*). Esto, empero, solo sucede si todos los que han sido instituidos fueren herederos, pues si faltaren algunos, no siempre debe suponerse la razon de ley Falcidia en cada una de las partes de los que faltan; sino algunas veces estas se confunden con las

porciones de los otros que fueron herederos. En este caso debe distinguirse de modo que si, por ejemplo, de los dos herederos instituidos falta aquel al que no se gravó con nada ó con muy poco, y por lo tanto la porcion de este vaya por derecho de substitucion ó de acrecer, al coheredero cuya parte está gravada, entonces quedan favorecidos los legatarios, de modo que deban pagarse íntegros los legados, que no se pagarian, si aquel que faltó hubiese sido heredero. Pero si la parte á que se agregó hubiese sido enteramente distribuida ó muy gravada, y la de aquel que faltó fuese integra ó tan solo disminuida, entonces tendrá lugar la razon de la ley Falcidia en la porcion del que falta, lo propio que si la hubiese adquirido aquel que la omitió. Hállase esta distincion en la *l.* 78. *h. t.* y puede deducirse tambien *á sensu contrario* de la *l.* 4. *C. ad. Sen. Treb. in fin.*, aunque de la *ley* 1. §. 14. *h. t.* aparece que los jurisconsultos estuvieron discordes. Sobre el modo de leerse *d. l.* 1. véase á Cuyacio 4. *obs.* 35. Lo que parece fundarse en la razon de que, asi como aquel cuya porcion está gravada, paga los legados en virtud de su propia persona, asi tambien en virtud de un derecho propio tiene la Falcidia; mas aquel que tiene su porcion íntegra, paga los legados en representacion de la persona del que falta, cuyo derecho por lo tanto es muy justo que tenga, *arg. l.* 10. *l.* 177. *de reg. jur.* No oscuramente se da á entender esto razon en la *l.* 87. §. 4. *l.* 1. §. 13. *h. t.* Con todo, en la parte gravada del que falta debe la regla anterior entenderse y limitarse de modo que el coheredero haya sobrevivido al testador, para que pueda decirse que fué instituido al tiempo de morir el testador, pues si hubiere muerto durante la vida de este, de suerte que al tiempo de la muerte del mismo solo uno se encuentre instituido, en su parte puramente, y en la otra casi bajo de condicion que ya se ha cumplido, deberán pagarse integramente los legados, bastando entonces para cumplirse la ley que este otro tenga el cuadrante de todo el as, segun Juliano en *d. l.* 87. §. 4.; pues no podemos decir con Cuyacio 4. *obs.* 35. que en en aquel caso se consideran repetidos los legados á causa de la razon que emplea el jurisconsulto, quien limita de tal modo su regla, que dice que solo procede cuando el coheredero ha muerto durante la vida del testador; lo que tambien da á entender claramente Paulo en *d. l.* 1. §. 13. quien dice que los legados no se aumentan por la porcion gravada del que falta si este omitiere la herencia: véase á Donelo 8. *com.* 23. La anterior distincion, empero, unicamente tiene lugar respecto de los legados dejados en un solo y mismo testamento; mas no respecto de aquellos que el padre en el primer testamento impone al impúber, y en el segundo al sustituto, puesto que hay una antigua regla de derecho que dice que en el testamento del padre y del hijo solo se deduce una Falcidia, *l.* 11. §. 5. *y pen. l.* 79. *d. l.* 87. §. *ult. h. t.*, como que los legados hechos en las segundas tablas se consideren dejados bajo de condicion en las primeras.

TEXTO.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii, ad quam ratio L. Falcidiæ redigitur.

1. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque verbi gratia si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum accesserit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hæreditatem in tantum decreverint bona, (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum) ut non amplius quàm septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est hæredi, cui liberum est non adire hæreditatem: quæ res efficit; ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portione pacisci.

TRADUCCION.

A qué tiempo se atiende para la computacion del patrimonio con el objeto de aplicar la ley Falcidia.

La cantidad del patrimonio, á la cual se reduce la razon de la ley Falcidia, se calcula al tiempo de la muerte. Asi que, si por ejemplo aquel que tiene un patrimonio de cien dureos en los bienes, hubiere legado cien dureos, en nada aprovecha á los legatarios, si antes de la adicion de la herencia se hubiere esta aumentado por medio de los siervos hereditarios, por el parto de las esclavas hereditarias, ó por el feto de los rebaños; de suerte que el heredero tenga ya la cuarta parte de la herencia despues de distribuidos cien dureos en legados, sino que es necesario que se destraiga de estos la cuarta parte. Por el contrario, si hubiere legado setenta y cinco, y antes de la adicion de la herencia, se hubieren, (tal vez por incendio naufragio ó muerte de los siervos) disminuido los bienes, de suerte que ya no queden sino setenta cinco dureos ó menos en el patrimonio, se deben íntegros los legados (a). Ni esto es perjudicial al heredero, quien puede dejar de adir la herencia,

(a) L. 3. tit. 11. P. 6.

lo que hace que los legatarios se vean en la precision de pactar con el heredero acerca de una parte para que no lo pierdan todo quedando destituido el testamento.

NOTAS.

2. *Solida legata debentur*). Es decir, si el perjuicio hubiere tenido lugar en otra cosa que aquella que ha sido legada, pues si hubiere acontecido en la misma especie legada, lo sufre el legatario, quedando con la estincion de la misma libre el heredero, §. 17. *sup. de leg.*, y esto en virtud del derecho comun acerca de los deudores de una cosa cierta, *l.* 23. *de verb. obl. l.* 30. *h. t.*

Cui liberum est non adire hæreditatem). Pues que ni los legatarios ni los fideicomisarios singulares pueden obligar al heredero á que ada la herencia; siendo esto permitido tan solo á los fideicomisarios universales, á causa de que en virtud del senado-consulto se les transfieren tambien las cargas, *l.* 14. §. 3. *y sig. ad SC. Treb.*

Ne nihil consequantur). *D. l.* 73. *in fin. pr. h. t.* Pues quedando destituido el testamento, esto es, no siendo adida la herencia, se estinguen los legados, *l.* 44. *C. de fideic.*

COMENTARIO.

1. *Escepcion de la regla aqui propuesta.*
2. *Aclaracion de la misma regla.*
3. *Los legatarios no pueden obligar al heredero a que ada.*

Para calcular la cantidad del patrimonio, á fin de deducir la Falcidia, ha parecido que debia atenderse al tiempo de la muerte; y que por consiguiente ni por las accesiones se aumentan los legados, ni por las pérdidas se disminuyen; sino que todo el aumento y toda disminucion que tiene lugar estando yacente la herencia es para el heredero, *l.* 73. *l.* 15. §. 3. *in fin. l.* 56. *p. h. t.* La razon de esto es, primero: porque el heredero debe tener la cuarta parte de los bienes hereditarios; son, empero, propiamente tales aquellos que existen al tiempo de la muerte de cada cual. Segundo, que el dia de los legados cede desde la muerte del testador, esto es, que desde dicho tiempo empiezan á deberse los legados, *l. un.* §. 3. *C. de cad. toll* (a). Añádase á esto que por la ley Falcidia se disminuyen los legados *ipso jure*, *d. l.* 73. §. *ult.*

1. *Nihil legatarii prodest, si ante aditam hæreditatem, etc.*). Desde que se dispuso que los legados se debiesen luego despues de la muerte del testador, segun la cantidad del patrimonio que entonces habia, el aumento que tiene lugar estando yacente la herencia no debe aprovechar á los legatarios, *d. l.* 73. *l.* 30. *h. t.* Sin embargo, debemos aqui esceptúar el caso en que el aumento se haya verificado en virtud de un hecho anterior ó de una obligacion ya antes contraida; por ejemplo, si un deudor no solvente hubiese adquirido mas bienes despues de la muerte del testador, ó bien si hubiese existido entonces la condicion del crédito; pues que de estos modos, aunque en virtud de un hecho posterior, se quiso que se aumentase la herencia en favor de los legatarios, *l.* 56. §. 1. *eod.* y en la misma razon se funda lo que se dice de que si el padre que podia ser reconvenido por la accion de peculio en virtud de un contrato del hijo ha sido instituido heredero por el acreedor de dicho hijo y se supone la razon de la ley Falcidia, no se calcula la cantidad que en el peculio habia al tiempo de la muerte, sino al de la adicion de la herencia, *d. l.* 56. §. 1. *l.* 83. *eod.*, aunque si se disminuyere el peculio despues de la muerte del acreedor, segun la regla se atiende al tiempo de la muerte, sin que esto perjudique á los legatarios, como que no haya diferencia ninguna entre que el peculio se haya disminuido despues de la muerte del acreedor, y que el deudor se haya hecho mas pobre, *d. l.* 56. *in pr. l.* 50. §. 1. *de pec.*

2. Por esta razon, lo que se dice vulgarmente que *lo mismo se observa respecto del daño que del lucro*, debemos entender que tan solo tiene lugar respecto de aquellas cosas que aparecen y se agregan por primera vez despues de la muerte; por ejemplo, si se hubiere aumentado la herencia por los frutos, por los partos de las esclavas, ó por lo adquirido por los siervos hereditarios, *h. tex. y d. l.* 73. *d. l.* 30. *h. t.*; no por aquellas cosas provenientes de un hecho anterior del testador. Aunque si se examina con mayor detencion, no es verdad que el aumento de estas cosas no se verifique hasta despues de la muerte, sino que deben absolutamente referirse al tiempo de la misma, por cuanto ya entonces estaban en los bienes por razon del principio y fundamento; de la misma manera que tambien los siervos que están en poder de los enemigos y que vuelven despues de la muerte del testador, por lo que hace á la Falcidia aumentan la herencia, *l.* 43. *eod.* Casi del mismo modo piensa Bacovio *aqui*.

In tantum decreverint). *D. l.* 30. *d. l.* 73. Esto, empero, ha de entenderse del caso

(a) L. 34. tit. 9. P. 6. vers. E aun y sig.

en que la disminucion hubiere tenido lugar en cosas diferentes de las que han sido legadas; puesto que si estas perecieren sin culpa del heredero, esto no le perjudicará á este sino á los legatarios, segun aquella regla perpétua de derecho por la que todos los deudores de una especie, esto es, de una cosa cierta, se libran si la misma parece antes de haber tardanza y sin intervenir hecho ninguno por su parte, *l.* 23. *de verb. obl. l.* 5. *de reb. cred.* Debemos pues saber que corren á peligro del heredero las cosas hereditarias cuando se ha legado una cosa incierta, por ejemplo, un hombre en general, ó una cantidad, como son diez áureos, diez medias de trigo; pues en este caso aunque perecieren todas las cosas hereditarias, nunca puede decirse que haya perecido la cosa legada, *l.* 11. *C. si cert. pet.* Véase *sup.* §. 16. *de leg.*

5. *Cum. hærede in portione pacisci*). En las herencias fideicomisarias se dispuso por el senado-consulto Pegasiano, que si el heredero escrito no quisiere adir la herencia, la ada y restituya por mandato del pretor; mas este beneficio no compete ni á los legatarios ni á aquellos á quienes se han dejado por fideicomiso cosas singulares, *l.* 17. *si quis om. ca. test. l.* 14. §. 5. y 2. *sig. ad SC. Treb.*; en cuyo lugar da la razon de esto Hermogeniano diciendo que no es de ningun modo injusto que se obligue al heredero á adir con el fin de sostener la herencia fideicomisaria desde que por el senado-consulto Trebeliano se dispuso que todas las cargas se transfiriesen á aquel á quien se restituye la herencia en virtud del fideicomiso, *l.* 4. *eod.*; pero que no es conforme á equidad que por causa de sostener el legado ó fideicomiso se compela al heredero á adir la herencia: en atencion, no pueden á estos transferírseles las cargas, ni debe admitirse que nadie, solo por el lucro ageno, sea obligado á enredarse en deudas, pleitos, disgustos y otras molestias. Por consiguiente, solo queda á los legatarios el recurso de transigir con el heredero, lo que harán fácilmente, prefiriendo remitir alguna parte para que no quede destituido el testamento, y pierdan de este modo todo lo que les ha sido legado, *d. l.* 73. *in fin. pr.*

« En España, como que aun cuando el heredero no ada la herencia, no por ello se sostienen menos los legados, *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. « *Nov. Rec.*, en nada perjudicará á los legatarios la falta de la adicion; por lo que, serán enteramente inútiles entre nosotros los pactos y estipulaciones de que habla Justiniano al fin de este párrafo. A propósito de esto, advertiremos aquí que no influyendo en la validez de los legados, la aceptacion de la herencia, podrán aquellos si fuesen puros exigirse desde luego de la muerte del testador, prestando caucion el legatario que se presumiere que ha de tener lugar la detraccion de la Falcidia.»

TEXTO.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

3. Cùm autem ratio legis Falcidiæ ponitur, antè deducitur æs alienum, item funeris impensa, et pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres verò partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.

TRADUCCION.

Qué cosas se detraen antes de la Falcidia.

Cuando, empero, se supone la razon de la ley Falcidia se deducen antes las deudas, los gastos de los funerales, y el precio de los siervos manumitidos; observándose respecto de lo restante que la cuarta parte quede en poder del heredero, y que las otras tres partes se distribuyan entre los legatarios, á saber, á prorata de la porcion que á cada uno de ellos se hubiere legado. Así pues, si suponemos que se han legado cuatrocientos áureos, y que la cantidad del patrimonio de la que deben sacarse los legados asciende á cuatrocientos, debe detraerse á cada uno de los legatarios la cuarta parte, y la octava si suponemos que se han legado trescientos cincuenta. Pero si hubiere legado quinientos, primero debe detraerse la quinta parte, y despues la cuarta, pues antes debe detraerse lo que está fuera de la cantidad de los bienes, y despues lo que de estos debe quedar en poder del heredero (a).

NOTAS.

3. *Deducitur æs alienum*). *L.* 6. *C. eod.*: Esto es, todas aquellas deudas que estuvo obligado á pagar el difunto, *l.* 54. *D. eod.*; pues la Falcidia se detrae de los bienes, y no se consideran tales sino aquellos que quedan despues de pagadas las deudas del difunto, *l.* 39. §. 1. *De verb. sign.*

Si fingamus quadringentos). *L.* 57. §. *ult. h. t.* Los legados se reducen al dodran-

(a) L. 2. tit. 11. P. 6.

te, á prorata de la cantidad de cada uno, *l.* 5. *l.* 6. §. 2. *C. eod.* Adviértase que la Falcidia no tiene lugar en el testamento militar *l.* 7. *C. eod.*, y por derecho nuevo tampoco en los legados dejados por causas piadosas, *Nov.* 131. *cap.* 2. *auth. similiter. C. eod.*; ni en aquellas cosas cuya enagenacion se ha prohibido, *auth. sed et ea. C. eod.*, ni cuando el heredero no hizo inventario, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. del.*, ni cuando el testador prohibió espresamente al heredero que hiciese uso del beneficio concedido por la ley, *Nov.* 1. *cap.* 2. *auth. sed cum testator, C. h. tit.*

COMENTARIO.

1. *Qué cosas se cuentan entre los bienes cuando se trata de la Falcidia?*
2. *Si el heredero puede deducir lo que le debia el difunto, y que sucede cuando se le ha rogado que no lo impute á los legatarios?*
3. *En qué casos cesa la ley Falcidia?*

Antes de fijar la suma de la que ha de deducirse la cuarta Falcidia, es necesario averiguar que es lo que se ha de contar en el patrimonio del difunto, pues de él debe el heredero tener la cuarta parte. Es sabido que se llama patrimonio de alguno las facultades de cada cual, ó lo que él mismo tiene en los bienes, *l.* 14. §. *ult. l.* 16. *ad SC. Treb.* Llámase bienes aquello que queda despues de pagadas las deudas, *l.* 59. §. 1. *de verb. sign.*; y esto así para darnos á entender que no se consideran bienes ó patrimonio del difunto todo lo que este tuvo al tiempo de morir; sino tan solo lo que resta despues de deducidas las cargas hereditarias, cuyas cargas son las deudas hereditarias, los gastos de los funerales, y el precio de los siervos manumitidos; todo lo que debe deducirse al suponer la razon de ley Falcidia, segun nos prueba este lugar. Todo lo demás que se comprende bajo el nombre de bienes, se considera que está en el patrimonio, con tal que fueren de una naturaleza, que hayan ciertamente de pasar al heredero y de permanecer en su poder, (pues lo contrario sucede cuando, ó no pasan, como la accion de injurias el usufructo, *l.* 58. *h. t.*, ó aunque pasen, no han de permanecer en su poder, de lo que se hallan ejemplos, en la *l.* 11. §. 1. *y* 2. *l.* 38. *eod.*) y de ellas pueda percibir el heredero alguna utilidad. Asi pues, no se computa un crédito inútil, el cual solo eventualmente aumenta la herencia, *l.* 22. §. *pen. l.* 56. §. 1. *eod.*, ni una deuda natural aun no pagada, *l.* 1. §. 17. *eod.*

2. *Æs alienum*). Lo primero que debe aqui deducirse son las deudas, es decir, todo aquello á cuyo pago estuvo obligado el difunto, *l.* 54. *h. t.* Considérase tambien como deuda aquello cuya causa de pagarlo nació despues de muerto el testador, pero antes de adirse la herencia, como que ha sido contraida por esta *l.* 59. *eod.* Acerca de esta deduccion se pregunta si tambien el heredero puede detraer lo que el difunto le debe. La sutileza de la razon parece que nos obligaria á decir que no, puesto que con la adicion de la herencia se confunde la obligacion, y de este modo sucede que lo que antes se debia deje ya de deberse, *l.* 75. *l.* 95. §. 2. *de solut.* Pero á pesar de esto, se quiso que pudiese deducirse, *l.* 6. *C. h. t.* (a); y esto asi sin duda porquè en la deduccion de la Falcidia, cuando se trata del valor del patrimonio, se atiende al tiempo de la muerte, en el cual no hay aun confusion ninguna de accesiones. Hoy dia, está concedido por Justiniano al heredero que hizo inventario, que ni aun despues de la adicion de la herencia se confundan sus acciones, sino que sea de igual condicion que los acreedores estraños, *l. ult.* §. 9. *C. de jur. delib.* ¿Qué sucederá, empero, si se ha rogado al heredero que no impute el crédito á los legatarios? Entonces por medio de la escepcion de dolo malo se sostendrá la voluntad del difunto ante el árbitro de la Falcidia, *l.* 12. *h. t.*, de modo que compensando el débito con lo que alcance el cuadrante, solo se detraerá del drodante el resto de la deuda, *l.* 15. §. 4. *eod.* Por ejemplo: los bienes ascienden á cuatrocientos áureos, el crédito del heredero á doscientos, y á trescientos los legados. El heredero compensará ciento con el cuadrante, y sacará del dodrante los otros ciento. Hoy en dia es inútil esta cuestion, puesto que puede prohibirse espresamente la detraccion de la Falcidia, *Nov.* 1. *cap.* 2.

Impensa funeris) (b). Estos son los gastos que se hacen por causa del entierro; esto es, para la conduccion y entierro del cadáver, y celebracion de las exequias, y sin los cuales no habrian podido estas celebrarse, ni sepultarse decorosamente al difunto. Por esta razon, suele tambien considerarse empleado en gastos de entierro aquello que se ha gastado para comprar el lugar en que se deposita el cadáver, *l.* 14. §. 3. *de rel. et sumpt. fun. l.* 1. *in fin. y sig. h. t.* Estos gastos se sacan siempre de la herencia, y acostumbran á ser preferidos á todos los otros

(a) L. 2. tit. 11. P. 6.
(b) L. 2. tit. 11. P. 6.

creditos cuando los bienes no bastan para pagar las deudas, *l. pen. de rel. et sumpt. fun.*

Pretia servorum manumissorum). Y no solo aquellos que eran propios del testador, sino tambien aquellos que se ha rogado al heredero que los comprase y manumitiese, *l.* 57. §. 1. *eod.* Tambien permitió Justiniano la deduccion de las otras impensas hechas con el objeto de adir la herencia, *l. ult.* §. 9. *C. de jur. del.* (a). Lo que sigue no exige interpretacion.

5. Debe advertirse aquí que no en todos los casos tiene lugar el beneficio de la ley Falcidia (b). Ya antiguamente cesaba en el testamento militar, *l.* 7. *C. h. tit. l.* 12. *C. de test. mil.*; tambien en el prelegado de la dote hecho á la muger, á causa de que se considera que esta recobra una cosa suya, *l.* 81. §. 1. *h. t.*, aunque no dudo que estaria sujeta á la ley por lo respecto á la utilidad de la representacion, *arg. l.* 2. *in pr. de dot. præl. l.* 1. §. 10. *h. t.* Tampoco las libertades dadas se disminuian por la Falcidia, *l.* 33. *eod. l.* 8. §. 9. *de inoff. test.* Hoy dia se cree que no tiene lugar en los legados dejados por causas piadosas, por la *auth. similiter. C. h. t.*, aunque en la *Nov.* 131. *cap.* 11. de donde está tomada dicha auténtica, no se diga esto absolutamente, y se haya fallado muchas veces en contrario, segun Sand. *lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 10.; si el testador hubiese prohibido enagenar la cosa legada (c), *Nov.* 119. *cap.* 12. de donde está sacada la *auth. sed. et ea h. t.*; y en general siempre que el testador hubiere prohibido espresamente que se saque la Falcidia, *Nov.* 1. *cap.* 2. *auth. sed cum testator C. h. t.* (d). como tambien si el heredero no hubiese hecho inventario, *l. ult. C. de jur. del.* (e).

(a) L. 2. tit. 11. P. 6.
(b) L. 4. d. tit.
(c) L. 6 tit. cit.
(d) L. 6. tit. 11. P. 6.
(e) L. 10. tit. 6. P. 6. L. 7. tit. 11. P. 6.

Tambien se consideró antiguamente indigno del beneficio de la ley Falcidia aquel que ocultaba dolosamente un fideicomiso; y aquel á quien se habia rogado que restituyese algo á un incapaz no podia, segun el senadoconsulto Planciano, retener la cuarta, *l.* 59. *pr. y* §. 1. *h. t.* (f). Finalmente, aquel que á sabiendas ó por error de derecho pagó integros los legados no tiene accion ninguna para reclamar la cuarta, *l.* 9. *C. h. t.* Vinn. A esto puede añadirse que cesa la cuarta Falcidia si se suple la porcion legítima á los descendientes, *l.* 36. *C. de inoff. test.*; si espontáneamente se han pagado integros los legados, *Nov.* 1. *cap.* 2. *l.* 9. §. 5. *de jur. et fact. ign.*, y por último si se han legado los instrumentos, aunque en este caso apenas puede suscitarse cuestion ninguna, *l.* 15. *C. h. tit.* Hein.

« La cuarta Falcidia solo se puede sacar « de los herederos voluntarios; pues, segun « derecho patrio, no pueden los testadores « en caso de dejar herederos forzosos dispo- « ner mas que del quinto ó del tercio, segun « estos sean descendientes ó ascendientes. No « obstante si instituyen por heredero de di- « cho quinto ó tercio á alguno, podrá este « detraer la cuarta. Tampoco puede este de- « ducirse de las mandas forzosas ni de los « legados dejados por causas piadosas, *l.* 4. « *tit.* 11. *P.* 6. Ni el heredero que por error « pagó algunos legados integros, podrá des- « pues sacar la cuarta de los demás, á no « aparecer grandes deudas que no podia él « presumir existiesen. Entre nosotros la sim- « ple promesa de restituir la herencia á un « incapaz no basta para privar al heredero « de la detraccion de la cuarta; pues es ne- « cesario que la restitucion se efectúe, *l.* 13. « *tit.* 7. *P.* 6. Adviértase finalmente, que al « heredero que es descendiente del testador « le permite la ley 1.ª *tit.* 11. *P.* 6. la de- « traccion de la Falcidia y de la legítima. »

(f) L. 5. tit. 11. P. 6.

TÍTULO VIGÉSIMO TERCERO.

De las herencias fideicomisarias.

CONC. CON EL DIG. LIB. 36. TIT. 1. CON EL C. LIB. 6. TIT. 42. Y 49 Y CON LAS NOV. 39. Y 108. (a).

Razon del método; qué es fideicomiso.

Mas arriba en el §. 3. del título de legado prometió el emperador que trataria por separado de los legados y fideicomisos para que con la confusion de entrambos derechos no se hiciese mas difícil é intrincada esta materia. Esplicados, pues, ya los legados, que por razon de la obligacion, del tiempo y del derecho son mas antiguos que los fideicomisos, falta ahora que entremos al tratado de estos, que es el otro miembro de la division propuesta. *Fideicomiso es*, segun Ulpiano, *frag. tit.* 25. *lo que no se deja con palabras civiles sino precativamente, y no emana del rigor del derecho civil sino que se da por la voluntad del que lo deja.* Asi que podrá definirse diciendo que es *todo aquello que alguno ha sido rogado por la última voluntad del testador que diese ó hiciese.*

TEXTO.

Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hæreditatibus fideicommissariis videamus.

TRADUCCION.

Continuacion.

Pasemos ahora á los fideicomisos pero primero debemos hablar de las herencias fideicomisarias.

NOTAS.

(*Fideicommissa*). Fideicomiso es lo que no se deja con palabras directas sino suplicativamente, Ulp. *tit.* 25.; mas el legado se deja á manera de ley, esto es, imperativamente, de este modo: *da, recibe, toma.* Ulp. *tit.* 24.

COMENTARIO.

1. *Division de los fideicomisos, y resúmen de lo que aqui se esplica.*

2. *Porqué se trata primero de los fideicomisos hereditarios que de los de cosas singulares?*

1. Los fideicomisos, ó son universales, ó particulares, ó mejor dicho singulares. Los primeros son los que comprenden toda la herencia ó parte de ella, y los segundos aquellos por medio de los cuales no se deja la herencia ó parte de ella, sino una cosa singular, los cuales por lo tanto pueden mas bien llamarse singulares ó especiales. De los fideicomisos singulares se trata dentro de poco; pero de los universales, ó sea de las herencias fideicomisarias, se habla en este título, en el cual Justiniano, despues de haber manifestado el orígen comun y el incremento de los fideicomisos, habla del modo de dejar las herencias fideicomisarias por medio del heredero instituido y de los efectos de la restitucion de las mismas; luego de los senado-consultos Trebeliano y Pegasiano, y en seguida de la refusion del Pegasiano en el Trebeliano, enseñándonos despues á quienes puede rogarse que restituyan, poniendo al fin algo concerniente á la prueba de los fideicomisos en general.

2. *Priùs est*). Del mismo modo que trata de la institucion de heredero y de la delacion de la herencia por testamento, antes que de los legados dejados en el mismo, anteponiendo como mas principal la adquisicion de una universalidad á la de las cosas singulares, así tambien quiso tratar aqui primeramente de los fideicomisos universales, que en el efecto son lo mismo que la herencia, y luego de los singulares, que corresponden á los legados, de los cuales debia ya haberse tratado segun el §. 3. *del tit. de legados*; pues, segun ya advertimos en la esplicacion de dicho §, la equiparacion de los legados y fideicomisos, de que en él se trata, de ningun modo pertenece á las herencias fideicomisarias; puesto que el fideicomisario, despues de restituida la herencia, se considera aun como heredero; sino tan solo á los fideicomisos especiales. Puede tambien darse la razon de que habiendo an.

(a) L. 14. tit. 5. P. 6. L. 8. tit. 11. P. 5.

tes de esplicar los legados tratado de la delacion directa de la herencia, ya por medio de la institucion, ya por el de la sustitucion, tambien sigue ahora el mismo órden al enseñarnos, antes de hablar de los fideicomisos singulares, el modo como se defiere la herencia indirecta ú oblícuamente, ó sea como se sustituyen los herederos por medio de fideicomiso. Véase lo que dijimos en el §. *ult. del tit. por med. de que per. pod. adquir.* y en la *rúbrica del tit. de la sustitucion vulgar.*

TEXTO.

Origo fideicommissorum.

1. Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantùm pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

TRADUCCION.

Origen de los fideicomisos.

Debe pues saberse que en los tiempos primitivos todos los fideicomisos eran nulos, porque á nadie se obligaba contra su voluntad á prestar aquello que se le habia rogado, pues si se dejaban á aquellos á quienes no podian dejarse la herencia ó los legados, se encargaba á aquellos que podian adquirir en virtud del testamento; y por esta razon se llamaban fideicomisos, porque no estaban apoyados por ningun vínculo del derecho, sino tan solo por el decoro de aquellos á quienes se rogaba. Posteriormente, el emperador Augusto, movido algunas veces en favor de ciertas personas, ya porque se le decia haberse rogado á alguno por su vida, ya por la insigne perfidia de otros, fué el primero que mandó á los cónsules que interpusiesen su autoridad, lo que pareciendo justo y popular se convirtió poco á poco en un derecho siempre observado, habiéndose aumentado tanto el favor que á los mismos se dispensaba que paulatinamente hasta se creó un pretor, al cual llamaban fideicomisario, para conocer de los fideicomisos.

NOTAS.

1. *Quibus non poterant hæreditatem*). Tales como los proscritos, los deportados, etc. Un ejemplo de ello tenemos en Ciceron, *lib.* 1. *in Verr.* y en parte aquellos que no tenian hijos y los célibes, Ulp. *tit.* 22. §. 2. *tit.* 15 *y sig.* como tambien las mugeres, en virtud de la ley Voconia. Ejemplos de esta especie tenemos en el mismo autor 2. *de fin. cap.* 58.

Sed tantum pudore). Esto es, á la conciencia, lealtad y probidad; pues el solo decoro de los hombres que lo forman estas circunstancias, parecia un vínculo bastante estrecho para dar cumplimiento á la voluntad del difunto.

Et populare). Teófilo lo traduce χαρίεν τῷ δήμῳ, es decir, agradable al pueblo. Plinio en sus panegíricos dice: *non quia populare et gratum audientibus.*

In assiduam jurisdictionem). De suerte, empero, que los mismos magistrados conociesen estraordinariamente de los fideicomisos, y no de modo que segun costumbre señalasen una fórmula y nombrasen un juez, Ulp. *tit.* 25. §. 10. *l.* 178. §. 2. *de verb. sig.*

Prætor propius). Claudio nombró dos, Suetonio *in Claud. cap.* 23.; de los cuales Tito suprimió uno, *l.* 2. §. 31. *de orig. jur.* Sin embargo, el Pretor solo conocia de una cierta suma, pasando de la cual correspondia el conocimiento á los Cónsules, *Quint. lib.* 3. *cap.* 6. con cuyo lugar se aclara lo que dice Ulp. *d. loc.* §. 12.

COMENTARIO.

1. *Antes del emperador Augusto los fideicomisos no tuvieron fuerza obligatoria, criticándose á Minsingero.*
2. *Especie de los incapaces, y uso que se hacia de los fideicomisos para favorecerlos.*
3. *Por la ley Voconia no podian las mujeres ser instituidas herederas.*
4. *Exámen detenido de este capítulo de la ley.*
5. *Esta ley cayó posteriormente en desuso.*
6. *Acerca de los fideicomisos se acostumbraba á administrar justicia estraordinariamente.*
7. *Lo que se dispone en la* l. 1. *y en la* l. 2. Cod. comm. de leg. *no pertenece á los fideicomisos universales.*
8. *A quienes corresponde la jurisdiccion acerca de los fideicomisos.*

Primis temporibus infirma). Antiguamente los fideicomisos no tenian fuerza ninguna obligatoria, dependiendo su prestacion tan solo de la fidelidad, probidad y conciencia de aquel á quien se habia rogado; pues del mismo modo que aquello que se concede en precario á alguno depende enteramente de la sola liberalidad y voluntad de aquel que lo concede sin obligacion ninguna, *l.* 1. *de prec.*, de la misma manera creian que por solo el ruego del testador á nadie debia obligarse contra su voluntad mas de lo que se obliga á alguno en virtud de una recomendacion, *l.* 11. §. 2. *de leg.* 2., pues lo que

se deja en la potestad y arbitrio de alguno, como es aquello que se ruega, no produce obligacion, *l.* 15. *cod. de contractu empti.* Hinsingero interpreta estas palabras *primis temporibus* lo mismo que si hubiese dicho antes de la ley de las doce tablas, valiéndose del argumento de que es muy verosímil que los fideicomisos estuviesen en vigor bajo el emperador Numa Pompilio, puesto que bajo este Rey fué grande la fuerza de la confianza, lo que es una insigne ignorancia de la historia, pues discurre como que creyese que antes de la fundacion de la ciudad hubiesen los decemviros promulgado sus leyes, ó que despues de estas hubiese reinado Numa Pompilio.

(*Qui capere ex testamento poterat*). Dos fueron antiguamente los usos de los fideicomisos; el uno para los que morian en sus viajes, en los que acontecia muchas veces que no podian hacer testamento á causa de la escasez de ciudadanos romanos, lo que introdujo tambien el uso de los codicilos, *infra de codicil. in pr.*; y el otro para favorecer á los incapaces, á saber, haciendo prometer ocultamente al heredero que restituiria la herencia al incapaz; lo que se llama simplemente fideicomiso, en la *l.* 103. *de leg.* 1. y en la glosa de las Basilicas *tácito* σιγηρὸν ὅ ἐστιν ἔξω τῆς διαθήκης ó prometido en un vale privado *d. l.* 103. *l.* 10. *de his quæ ut indig.*

2. Dos fueron antiguamente las especies de incapaces; una de aquellos que por la condicion de su persona no podian adquirir, en cuyo número estaban los proscritos, los deportados, los dediticios, los latinos Junianos; y finalmente, todos aquellos que no eran ciudadanos romanos; y la otra de aquellos que siéndolo, en virtud de una razon peculiar y civil no podian adquirir nada, ó bien tan solo una parte, ó no podian adquirir en virtud de los testamentos de todos: tales como eran, en virtud de la ley Voconia las doncellas, y en virtud de la ley Julia *de maritandis ordinibus* aquellos que no tenian hijos, como tambien los solteros, lo que hemos esplicado con mayor detencion *al principio del título de la institucion de heredero.* Un ejemplo del fideicomiso dejado á los incapaces de la primera especie tenemos en Ciceron respecto del proscrito, en el *lib.* 1. *in Verr.* que se llama de la pretura urbana, en donde hace mencion del testamento de P. Trebonio, quien teniendo proscrito á un hermano suyo, dispuso que los herederos jurasen que procurarian que á lo menos la mitad de lo que á cada cual le tocaria, llegaria á poder del hermano proscrito. De la otra especie lo tenemos tambien en el mismo autor *lib.* 2. *de fin. cap.* 58., en donde refiere que Publio Sextilio Rufo fué rogado por Quinto Fabio Galo que restituyese toda la herencia á una hija suya, y que dicho Rufo consultó este negocio con sus amigos. El mismo autor refiere en dicho libro un memorable ejemplo de fidelidad de Sexto Peduceo quien habiéndosele rogado que restituyese la herencia á la mujer del testador, á pesar de que nadie sabia que se le hubiese rogado, no obstante se la restituyó espontáneamente manifestándola, cuando menos lo creia, el encargo que su esposo le habia hecho.

3. Manifiestan estos ejemplos que por la ley Voconia no pudieron las mujeres ser instituidas, ni la mujer por el marido, ni la hija por el padre, deduciéndose de aqui tambien que tampoco fueron las hijas admitidas por la ley á la sucesion legitima del padre, y mucho menos las consanguíneas á la de los hermanos; y por lo tanto que lo que Paulo en el *lib.* 4. *sent.* 8. escribe acerca de la ley Voconia fué un error proveniente de un olvido, segun manifestamos con mas copia de razones mas abajo en el *tit. de la sucesion legítima de los agnados*, §. 3. La ley Voconia se ve celebrada en los libros de muchos autores. Ciceron hizo mencion de ella en dichos lugares y en la oracion *pro Cornelio Balbo*; Livio en el *lib.* 4. aunque en el compendio de Floro se lee malamente *Volumnio* en vez de *Voconio*; *Quintiliano declam.* 264. *y San Agustin lib.* 3. *de civit. Dei*, *cap.* 21. en cuyo lugar dice el mismo autor que fué dada entre la segunda y la tercera guerra púnica; lo que es cierto segun se deduce de lo que en Ciceron, *libro de senectute*, se dice que Marco Caton se gloriaba de haber propuesto dicha ley *siendo ya de edad de sesenta años*; pues asi creo que debe leerse, y no segun se hace vulgarmente, esto es, *de sesenta y cinco años*; pues, segun se indica en el mismo lugar, se dió dicha ley en el consulado de Quinto Marcio Filipo y de Cneyo Servilio Scipion, el cual tuvo lugar en el año quinientos noventa y cinco de la fundacion de Roma, que es el veinte y seis, empezando á contar desde el consulado de Marco Caton y de Lucio Valerio Flaco, segun se ve en la cronología de las cosas romanas de Ubbon Emmio.

4. Dos fueron los capítulos de esta ley, y tal vez mas, aunque lo ignoramos; pues que tambien coartó, á ejemplo de la ley Furia, la infinita libertad de legar que la ley de las doce tablas concedia, segun se ha demostrado en el título precedente; y lo que es mas principal, sancionó que nadie pudiese instituir por heredero á una doncella ni á mujer

ninguna, segun Ciceron *d. lib.* 4. *in Verr. cap.* 45. Floro *d. comp.* y ni aun á la hija, segun San Agustin *d. lib.* 3. *cap.* 21. Si, empero, las mujeres fueron simplemente escluidas de toda sucesion, ó si les concedió la ley el adquirir aun alguna parte, no lo sabemos. Respecto de las hijas aparece ciertamente que no fueron del todo escluidas por lo que se dice en aquel pasaje de Ciceron 2. *de fin. cap.* 58. en donde refiere que los amigos de Sextilio, á quien se habia rogado que restituyera la herencia á la hija del testador, decidieron que no debia darse mas á la hija de lo que habria podido adquirir segun la ley Voconia. Del principio del título de los codicilos puede deducirse que tambien Lucio Léntulo en tiempo de Augusto, cuando aun estaba en vigor aquella ley, instituyó á una hija suya en una parte de la herencia. Dion, empero, en el *lib.* 56. *p.* 662, refiere en general de las mujeres que por la ley Voconia se prohibia su institucion *mas allá de veinte y cinco mil del patrimonio.* Por mi parte, aunque por la ley pudiesen las hijas adquirir alguna cosa, no pienso, segun escribe Dion que estuviese todo dispuesto por la misma ley Voconia; fundándome para ello en los pasajes citados de Ciceron, de Floro y de San Agustin; sino que posteriormente la ley por demasiado rigurosa fué modificada, de suerte que fuese lícito á las mujeres adquirir á lo menos alguna parte; lo que Dion tomó como que hubiese sido dispuesto por Voconio, autor de la ley, segun en otras partes acostumbra hacerse. Sin embargo, no consta á punto fijo que parte se permitió posteriormente adquirir á las mujeres. Quintiliano en la *dec.* 264, dice que por la ley Voconia se dispuso que no pudiese dejarse á la mujer mas del semise; empero, en union con Cuyacio, pienso que, segun ordinariamente sucede en los ejercicios escolásticos fué esto inventado por Quintiliano. El mismo Cuyacio piensa que por la ley se dispuso que nadie que estuviese inscrito en el censo pudiese instituir por heredero á una mujer en una parte mayor que el cuadrante; aduciendo para esto el lugar de Dion que él entiende de 25000 sextercios, pues que esta fué la cuarta parte de los bienes de aquel que estaba inscrito en el censo, á saber: de aquel que poseia 100000 sextercios, lo que notó Asconio en dicho *lib.* 1. in Verr. La ley antigua fué posteriormente muy mudada en esta parte, y aumentadas las riquezas de los ciudadanos, parece que se sustituyeron los sextercios al as, puesto que al principio segun aparece de Livio y Dionisio Halicarnaso el inscrito en el censo de la primera clase poseia 100000 ases que hacen 25000 sextercios, pues posteriormente cada uno de estos contaba cuatro ases. Bacovio cree que el lugar de Dion debe entenderse de 25000 ases que en un principio fué el censo de la cuarta clase y la cuarta parte del censo de la primera. El intérprete de Dion traduce 100000 monedas, tomando sin duda la palabra *moneda* en vez de as, aunque malamente; pues que damos dicho nombre al sextercio y no al as. Sea de esto lo que fuere, consta que aunque se hubiese dejado algun fideicomiso contra la ley Voconia ú otra semejante, y por consiguiente, aunque el heredero no estubiese obligado á satisfacerlo, no obstante, los antiguos creyeron que el heredero obraba contra los deberes de un hombre honrado y que violaba la buena fé, si no daba cumplimiento á la voluntad del testador, segun aparece de lo que dijimos de Sextilio Peduceo, sacándolo del libro 2. *de fin. cap.* 58. y de lo que Ciceron en el mismo lugar dice de Sextilio, á quien se le rogó que restituyese toda la herencia á la hija del testador. *Adquirió Sextilio,* dice, *una grande herencia, de la que si hubiese seguido el parecer de aquellos que anteponen á todos los emolumentos y ventajas lo bueno y lo honesto, no habria tan siquiera tocado una moneda.* Reprende tambien Valerio Máximo la avaricia de Cornelia, por no restituir los predios que se le habian dejado en fideicomiso al hijo de Quinto Pompeyo, sujeto al público tormento, *lib.* 4. *cap.* 2. *in fin.*

5. De nuestros libros aparece claramente que la ley Voconia cayó despues casi enteramente en desuso; y que ya en su tiempo no se observaba, lo atestigua Gelio, *lib.* 20 *cap.* 1. Por el derecho, empero, que se siguió despues no fué lícito al heredero el restituir la herencia á un incapaz, segun lo prueba el haberse establecido en favor del fisco, que si el heredero comprometia secretamente su palabra para un fideicomiso semejante se le quitase la herencia, la que se vindicaba entonces para el fisco *l.* 1. *l.* 3. *de jure fisci.* Segun la *l.* 7. *de leg.* 3. se ve que tambien perteneció al fisco lo que se habia dejado á un deportado. Finalmente Ulp. en el *tit.* 25. §. 5. despues de haber establecido en general que pueden dejarse fideicomisos á los mismos á quienes pueden dejarse legados, solo esceptúa á los latinos Junianos. VINN. Muchas cosas dice aqui Vinio que podria haber esplicado con mucha mas claridad: nosotros segun nuestra costumbre, seremos breves. Malamente se reprende á Paulo el haberse equivocado en el *lib.* 4. *tit.* 8. §. 22.: pues Paulo manifiesta allí que las mujeres no

son admitidas á las herencias legítimas fuera de las sucesiones consanguíneas, dando la razon de esto de este modo: *idque jure civili Voconiana ratione* (no *rogatione*) *videbatur effectum*. La ley Voconia no habia dispuesto nada acerca de esto, pero los antiguos interpretaban estrictamente de la razon de esta ley el derecho de las mujeres acerca de la sucesion intestada, quedando esto en uso aun despues que por la opulencia de la ciudad cayó en olvido la ley Voconia. Véase á Escultingio en sus notas á Paulo, *ibid. pag.* 412. Por lo que hace al lugar de Dion, lo expuso con mucha detencion el ilustre varon Perizonio *dis. de* 4. *Voc. pag.* 144. en donde prueba que en el texto de Dion se entienden dracmas, á las cuales, á costumbre de los griegos, reducian muchas veces las monedas romanas. 25000 dracmas, pues, son 100000 sextercios. HEIN.

Gratia personarum motus). Asi pues, Augusto no dió fuerza á los fideicomisos por una ley cierta y perpétua; sino que habiendo confirmado algunos de ellos por las causas de que se hace mencion aqui solo mandó interponer á los Cónsules su autoridad; esto es, les encargó el conocimiento de algunos fideicomisos. Dice *en favor de ciertas personas*. El mismo Augusto prestó un fideicomiso que se habia dejado por su medio; haciéndolo esto en obsequio á Lucio Léntulo, que se lo habia rogado, *inf. de codicil.* Pudo tambien ser movido á esto por el deseo de favorecer á aquellas personas á aquienes se habia dejado el fideicomiso, ya porque estuviesen unidos por algun vínculo de sangre ó de otro modo con el difunto, ya por una singular circunstancia y otras raras prendas del alma.

Per ipsius salutem). Este es un antiquísimo modo de jurar, ó mas bien de una aseveracion mas vehemente de que hacen tambien uso los santos varones *Gen. cap.* 42. 15. μὰ τὴν ὑγιείαν φαραώ, es decir, por la salud de Faraon.

In assiduam jurisdictionem). De modo que el conocimiento de los fideicomisos no se encargase especialmente en cada uno de los negocios, ó bien cada año, á los magistrados; sino que perpétuamente y en fuerza de su magistratura conociesen de todos los fideicomisos, aunque extraordinariamente, de modo que conociesen de ellos los mismos magistrados, no segun la costumbre de los juicios dando una fórmula y un juez, Ulp. *tit.* 25. §. 10.; por cuya razon se llama extraordinaria la accion de un fideicomiso, *l.* 178. §. 2. *de verb. signif.*

7. Justiniano, segun advertimos mas arriba en el §. 3. *de leg.*, igualó los fideicomisos á los legados de modo que pudieran tambien reclamarse, *l.* 2. *cod. comm. de leg.* por las mismas acciones ordinarias que antiguamente competian para la reclamacion de los legados, y que él mismo concedió despues para todos estos, *l.* 1. *Cod. eod.*; mas esto solo pertenece á los fideicomisos singulares, á la manera de toda aquella equiparacion, equivocándose manifiestamente Minsingero al hacerla extensiva á los fideicomisos hereditarios.

8. *Pretor proprius crearetur*). Pomponio en la *l.* 2. §. 32. *de origine juris* dice que Claudio creó dos pretores que conociesen de los fideicomisos, de los cuales suprimió uno el emperador Tito, Suetonio *in Claud. cap.* 23. *Encargó*, dice, *la jurisdiccion acerca de los fideicomisos, que acostumbraba á delegarse cada año y solo en la ciudad á los magistrados, perpétuamente y tambien á los Gobernadores de las provincias.* Confirma tambien esto Ulp. en dicho lugar, al decir que correspondió el conocimiento de los fideicomisos en las provincias á los presidentes; y tambien la *l.* 5. *Cod. de reb. cred.* Hácese mencion del pretor fideicomisario en la *l.* 78. §. *pen. de leg.* 3., en la *l. pen. at fin. quib. ad. lib. proclam. l.* 92. *in pr. de cond. et dem. l.* 2. *Cod. qui potiores in pignore.* No se hizo propio, empero, del pretor el conocimiento de los fideicomisos en la ciudad, sino que se dividió de tal modo, que el pretor conociese de ellos hasta una cierta suma, pasada la cual correspondiese dicho conocimiento á los Cónsules. Fabio en el *lib.* 3. *cap.* 6. dice: *no debes pedir el fideicomiso ante el Pretor sino ante los cónsules; pues la suma excede de lo que está permitido al conocimiento del Pretor.* Y asi debe entenderse lo que Ulp. en *d. tit.* 25. escribe que el conocimiento de los fideicomisos corresponde en Roma á los cónsules ó al pretor que llaman fideicomisario. VINN. Tambien ve que algunas veces conocieron de los fideicomisos los mismos Emperadores estraordinariamente, de lo que se halla un ejemplo en la *l.* 26. *ff. de prob.* HEIN.

TEXTO.

De fideicommisso hæredi ascripti

2. In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento hæres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii restituat alioqui inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur. Cùm igitur aliquis scripserit: *Lucius Titius hæres esto*, potest adjicere, *Rogo te, Luci Titi, ut cùm primum poteris hæreditatem meam*

aetre, tam Cayo Seyo reddas, restituas. Potest autem quisque et de parte restituenda hæredem rogare, et, liberum est vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

TRADUCCION.

Del fideicomiso del heredero escrito.

En primer lugar debe, pues, saberse que es necesario que conforme á derecho sea alguno instituido heredero en testamento, y se encargue á su fidelidad el que restituya dicha herencia á otro; pues de otra suerte es inútil el testamento en que no se instituye ningun heredero. Cuando, pues, alguno hubiere dicho: Sea heredero Lucio Ticio, *puede añadir:* te ruego Lucio Ticio que luego que puedas adir la herencia la restituyas ó vuelvas á Cayo Seyo. *Puede tambien á uno rogarse que restituya parte de la herencia, y es libre dejar el fideicomiso bajo condicion ó desde cierto dia.*

NOTAS.

2. *Recto jure testamentum*). Es decir, cuando uno quiere dejar un fideicomiso en testamento; pues que este no puede subsistir sin la institucion de heredero, §. 34. *sup. de leg.* No obstante, puede dejarse un fideicomiso en codicilos y ab intestato §. 10. *inf. eod.* Dice *recto jure*, esto es, directamente Escoliastes. Teófilo dice: ὀρθῶς, ἐξ εὐθείας, es decir, *bien.* Asi tambien se dice *rectum judicium* en vez de *directum l.* 18. §. *ult. de comm. y recta vindicatio*, en vez de *directa, l.* 9. §. 2. *de adquir. rerum dom.*

COMENTARIO.

1. *Quien á quien y por medio de quien se puede dejar un fideicomiso hereditario?*
2. *Porqué razon puede dejarse un fideicomiso desde ó hasta cierto dia, y no asi la herencia?*

1. El modo oblicuo de adquirir la herencia consta de los mismos requisitos de que dijimos constaba el directo, *sup.* §. *ult. per quas pers. cuiq. adquir.* á saber, de la delacion del fideicomiso y de la aceptacion del deferido. Pueden deferir ó dejar un fideicomiso hereditario todos aquellos que pueden hacer testamento, *l.* 2. *de leg.* 1. *l.* 1, *in pr. y* §§. *sig. de leg.* 3. *l.* 6. §. 3. *de jure codicil.* Puede dejarse á todos aquellos que tienen la testamentifaccion cualquiera que sea, es decir, ya la activa, ya la pasiva, segun hablan, *arg.* §. 24. *sup. de leg. l.* 1 *de leg.* 1.; sin que en esta parte haya diferencia alguna entre la institucion de heredero y los legados ó fideicomisos, ya universales, ya especiales. Puede dejarse por medio de aquellos que han de adquirir nuestra herencia; ya directa ya oblicuamente; ya por testamento, ya ab intestato; ya por derecho civil, ya por derecho honorario, §. 10. *inf. eod.* Por lo que hace al modo de dejarse, no hay diferencia ninguna entre que se dejen en testamento ó ab intestato; pero del primer modo solo pueden dejarse por medio del heredero instituido, y del segundo pueden tambien dejarse por medio del legítimo. La aceptacion requiere el hecho y la voluntad de entrambos; á saber, del heredero fideicomisario que restituye, y del que recibe lo restituido; de todo lo cual, ó sea de la mayor parte, hablaremos mas estensamente en lo sucesivo.

Recto jure testamento hæres instituatur). Cuando uno quiere dejar un fideicomiso en testamento es absolutamente necesario, segun aquí se dice, que el testador instituya en el testamento directamente á alguno, y le ruegue que restituya á otro la herencia, puesto que el testamento no puede subsistir sin la institucion de heredero, §. 35. *sup. de leg.* No hay, empero, diferencia alguna entre que se ruegue al heredero instituido en el mismo testamento ó en codicilos, §. 1. y 2. *inf. de cod. l.* 8. *eod.*

Vel ex certo die). El fideicomiso hereditario tiene de comun con los legados y fideicomisos singulares, que no solo puede instituirse heredero puramente ó bajo de condicion, segun directamente puede hacerse, sino tambien desde ó hasta cierto dia; lo mismo que los legados y cosas singulares dejadas por via de fideicomiso, *l.* 1. y á cada paso en el *tit. de cond. et dem.*, aunque la herencia no puede darse directamente de este modo. Es decir, que el dia añadido á la institucion de heredero se tiene por no puesto para que el testador no muera intestado en parte, despues del tiempo prefijado ó durante el tiempo intermedio, lo que no lo permite la escrupulosidad del derecho civil, §. 9. *sup. de hæred. inst. l.* 7. *de reg. jur.* En la restitucion de la herencia, empero, no tiene lugar esto, por cuanto aquel que restituye queda siendo heredero, §. *sig.*

«Debe tenerse presente que en España, «segun tantas veces hemos ya dicho, es válido el testamento aunque en él no haya «institucion de heredero, como tambien que «es permitido á cualquiera morir parte testado, parte intestado. Por esta razon, no «tiene lugar lo que de los contrarios principios de los Romanos se deduce; por el «contrario, caso de que el heredero instituido rehusare adir la herencia, se deferirá «esta al fideicomisario, *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. «*Nov Recop.*»

TEXTO.

Effectus restitutionis hæreditatis.

3. Restituta autem hæreditate, is quidem qui restituit: nihilominus hæres permanet: is verò, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.

TRADUCCION.

Efectos de la restitucion de la herencia

Restituida la herencia, aquel que la restituye permanece no obstante heredero; mas aquel que la recibe, unas veces se considera como heredero, otras como legatario.

COMENTARIO.

Es una regla de derecho antiguo que aquel que una vez fué heredero no puede dejar de serlo, *l.* 88. *in fin. de hæred. inst. l.* 7. §. 10. *in fin. de min.*, cuya regla nace de que la obligacion y la accion no pueden separarse de la persona de aquel en cuyo favor ó contra quien se ha adquirido una vez, acerca de lo que trataremos con mas detencion con la ayuda del Cielo, mas abajo en el §. 1. *de accion.* Establecido, pues, este derecho, se sigue que aquel que por habérsele esto rogado restituye á otro la herencia del difunto, no deja de ser heredero, y que por lo mismo puede como á tal entablar las acciones hereditarias y ser por las mismas reconvenido. No obstante, por el senado-consulto Trebeliano se dispuso que una vez restituida la herencia, aquel que la restituyó solo retenga el nudo nombre de heredero, y que asi como si entablare alguna accion hereditaria puede ser repelido con la escepcion de la restitucion de la herencia, pueda tambien él con la misma repeler á los otros caso de ser reconvenido, *l.* 1. §. 4. *ad. S. C. Treb.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco). Considerábase como heredero si se habia restituido la herencia en virtud del senado-consulto Trebeliano, y como legatario si se habia la restitucion verificado en virtud del Pegasiano, segun declarará luego, y manifiesta Ulp. en el *tit.* 25. §. 12., pues lo que dice Gifanio de que el fideicomisario se consideraba como legatario cuando solo se restituia una parte de la herencia, aparece ser falso por el §. 6. *inf. eod.*

« En España el fideicomisario siempre se
« considera como heredero respecto de la
« parte de herencia que adquiere, sostenien-
« do á prorata las cargas hereditarias, *l.* 8.
« *tit.* 11. *p.* 6. al fin. »

TEXTO.

De Senatusconsulto Trebeliano

4. Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, et Annæo Seneca Coss. Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi et in hæredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas. Post quod Senatusconsultum prætor utiles actiones et in eum, qui recepit hæreditatem quasi hæredi, et in hæredem dare cœpit.

TRADUCCION.

Del Senadoconsulto Trebeliano.

Y en tiempo de Neron, siendo Cónsules Trebelio Máximo y Aneo Séneca, se dió un senado-consulto por el que se dispuso que si se restituyese la herencia en virtud de fideicomiso, todas aquellas acciones que competerian por derecho civil al heredero y contra el heredero, se diesen á aquel y contra aquel á quien se hubiese restituido la herencia en virtud del fideicomiso, despues de cuyo Senado-consulto el Pretor empezó á conceder las acciones útiles como al heredero y contra el heredero á aquel que recibió la herencia.

COMENTARIO.

1. *Porqué en el Catálogo de los Cónsules no se contiene á Trebelio y á Séneca.*
2. *Qué causas dieron márgen á este senado-consulto?*
3. *Porqué razon siendo los senado-consultos una parte del derecho civil, el Senado no hizo heredero á aquel á quien se restituye la herencia, concediendo á y contra el mismo las acciones directas?*
4. *Qué se observa si despues de hecha la restitucion pagare el deudor al heredero ó bien este al acreedor?*

1. *Trebellio Máximo et Anneo, Seneca Coss.*) Lo mismo dice Ulp. en la *l.* 2. *ad Trebel.* Con todo, estos cónsules no se hallan en los fastos ó indices consulares; por lo que, es creible que no fueron ordinarios, ó sea creados desde el principio del año, sino nombrados en lugar de otros muertos ó removidos; pues segun dice Dion en los *lib.* 45. *y* 48 los años consulares tomaban el nombre de los dos cónsules que eran creados en los dos primeros meses, y los que lo eran en los restantes ponian su nombre en los senados-consultos y en los decretos, segun se confirma en este lugar. Semejante á esto es lo que se dice en el §. *sig.* pues tampoco en los fastos se hace mencion de Pegaso ni de Pusion, y lo que se halla en la *l.* 26. §. 7. *de fidei. lib.* en donde se hace mencion del Senado-consulto Rubriano, del que se dice que fué dado en

tiempo del emperador Trajano, siendo cónsules Rubrio Gallo y Celio Hispon, quienes tampoco se hallan continuados en el catálogo de los cónsules, de modo que es necesario que fuesen nombrados en reemplazo de otros. Así pues, siendo muchos los cónsules que en Roma bajo los emperadores se nombraban en reemplazo de otros, ninguno de los así nombrados se continuaba en los Fastos, sino tan solo los dos que en el principio del año habian sido nombrados. Por esta razon, creo digno de escusa á Ausonio, quien en su *accion de gracias á Graciano* niega que Séneca hubiese sido cónsul. Vinn. Por el contrario, no le creo escusable porque un cónsul que se nombra en reemplazo de otro no deja de ser cónsul. El consulado de Séneca y Trebelio tuvo lugar en los últimos meses del año de la fundacion de Roma 814. Pregunta Marcilio en el §. 6. *de este tit. de las inst.* porqué razon este senado consulto se llama Trebeliano y no mas bien Aneano, siendo asi que Lucio Aneo Séneca era primer cónsul; y responde que parece que este senado-consulto tuvo al principio el nombre de Aneano, el que despues se convirtió en Trebeliano á causa de que la memoria de Séneca fué condenada por el crímen de lesa majestad. Pero ni en Tácito, á cuyo testimonio apela Marcilio, se encuentra esto, ni siempre los senado-consultos tomaron el nombre del primer cónsul, sino de aquel que lo proponia al Senado. Así, el senado-consulto dado en el año 951 de la fundacion de Roma, siendo cónsules Juliano Rufo y Gavio Orfito no se llamó Juliano del nombre del primer cónsul, sino Orficiano de Orfito. Otro senado-consulto dado en el año 810 siendo cónsules Neron y Pison se llama tambien Pisoniano, *l. 8. ff. ad Sen. Silan.* Omitimos aquí otros ejemplos. Hein.

2. *Si hæreditas ex fideicomissi causa restituta sit*). Todo legado y fideicomiso lleva inherente esta condicion, si el heredero por medio de quien se deja lo fuere; lo que en los fideicomisos se da á entender bastante con el solo verbo *restituir*. Por cuya causa, si el heredero no quisiere adir la herencia ó muriere antes de verificarlo, ó de otro cualquier modo dejare de serlo, entonces quedando destituido el testamento se extinguirá tambien el fideicomiso, pues todo lo que está escrito en el testamento se hace irrito si no se ade la herencia, *l. 9. de test. tut. l. 14. eod. de fidei. l. 45. §. 3. l. 27. §. 6. ad Sen. Trebel.* Sucediendo, empero, muchas veces que los herederos á quienes se habia rogado que restituyesen la herencia por miedo de los litigios ó pretestando el mismo, y siendo por otra parte muy justo que sufriesen las cargas aquellos á quienes se transferian el derecho y las utilidades, como tambien el que á nadie fuese peligrosa su probidad; por el senado-consulto Trebeliano se quitó al heredero todo motivo de vacilacion, haciendo desaparecer este temor, y disponiendo que aquellas acciones que competen contra el heredero se diesen contra aquel á quien en virtud del fideicomiso se restituye la herencia, con cuyo medio se confirmasen mejor en todo lo demás las últimas voluntades de los difuntos, *l. 1. §. 2. y 3. eod.*

Actiones quæ jure civili). El Senado habla de transferir aquellas acciones que por derecho civil competen á y contra el heredero, pero en virtud del espíritu del senado-consulto se transmiten tambien las acciones honorarias, por ejemplo, la accion de *constituta pecunia*, la del juramento y otras semejantes, y hasta se transfieren las obligaciones naturales, *l. 40. l. 64. in pr. eod.*

Ei et in eum). Del mismo modo que el Senado quiso favorecer á los herederos, dando contra el fideicomisario las acciones que contra el mismo competian, de suerte que puedan en caso de ser reconvenidos por los acreedores hereditarios alegar la escepcion de la restitucion de la herencia; así tambien favoreció á los fideicomisarios, concediéndoles las acciones que competian al heredero; y por lo tanto solo ellos tendrán la facultad de obrar eficazmente, pues si lo verificare el heredero podrá ser repelido por medio de una escepcion por los acreedores hereditarios *d. l. 1. §. 4.* No obstante, en virtud del senado-consulto no se transmiten las acciones sino á proporcion de la parte de la herencia que á ruegos del testador ha sido restituida, §. 6. *inf. eod.*

3. *præter utiles actiones*). Aunque los senado-consultos formen una parte del derecho civil, y por lo tanto pueda hacerse heredero por medio de un senado-consulto, como se hace por los senado-consultos Tertuliano y Orficiano; con todo, el Senado no hizo heredero á aquel á quien se restituyó la herencia en virtud de un fideicomiso, á causa de que por derecho civil, otro que ha sido heredero por medio de la adicion ocupa ya este lugar, y la razon estricta del derecho no permite que él mismo deje de serlo; cuya razon hace tambien que no puedan pasar al fideicomisario las acciones directas, sino que asi como han sido una vez adquiridas por el heredero, queden perpétuamente en poder del mismo, sin que puedan separarse de su persona. No pudiendo, pues, las acciones directas quedar á la vez en virtud de un mismo

derecho en poder del heredero y darse en favor ó contra el fideicomisario, le concedió el pretor en virtud de la autoridad del Senado las útiles al y contra el mismo, como á heredero, segun aquí se dice. Véase la *l.* 48. §. *ult. y la l. pen.* al fin *h. t.* Ni se hace injuria alguna á los acreedores hereditarios, convirtiendo sus acciones directas en útiles, pues la nueva accion útil que reemplaza á la otra directa, tiene el mismo valor y efecto que la misma, *l. antepen. de neg. gest.* En una palabra, por el senado-consulto Trebeliano se hizo que las acciones que por derecho civil competen al y contra el heredero sean inútiles en la persona de este despues de la restitucion de la herencia; de suerte que si obrare contra los otros pueda ser repelido por medio de la escepcion, y repeler por la misma á los que le reconvinieren; y que por el contrario sean eficaces en la persona del fideicomisario, de suerte que solo él pueda obrar y ser reconvenido eficazmente.

4. ¿Pero qué sucederá si despues de verificada la restitucion de la herencia pagare el deudor al heredero? Entonces podrá repetir lo pagado por medio de la condicion de lo indebido, *l.* 64. *in pr. eod.*; puesto que haciéndose segun el senado-consulto enteramente inútil é ineficaz en la persona del heredero la obligacion, despues de verificada la restitucion se extingue toda obligacion natural, quedando tan solo una obligacion civil. Si, empero, el heredero ó el deudor pagare, sabiendo que tiene en su favor la escepcion, cesará entonces la condicion, *l.* 26. §. 3. *de cond. ind.* porque se presume que quisieron donar, *l.* 53. *de reg. jur.*

TEXTO.

De Senatus-consulto Pegasiano.

5. Sed quia hæredes scripti, quum aut totam hæreditatem, aut pæne totam plerumque restituere rogabatur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione Coss. Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere; perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod Senatus-consultum ipse hæres onera hæreditaria sustinebat: ille autem, qui ex fideicommisso recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur; quæ species legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter hæredem et partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recipit hæreditatem et hæredem, id est, ut lucrum et damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune esset.

TRADUCCION.

Del senado-consulto Pegasiano.

Pero á causa de que los herederos escritos, como que muchas veces se les rogaba que restituyesen toda ó casi toda la herencia, rehusaban adirla porque no percibian ningun lucro ó muy poco, y de este modo se extinguian los fideicomisos, posteriormente en tiempo del emperador Vespasiano, siendo cónsules Pegaso y Pusion, el Senado dispuso que á aquel á quien se hubiese rogado que restituyese la herencia le fuese lícito retener la cuarta parte de ella á la manera que por la ley Falcidia se concede detraerla de los legados. Tambien se permitió la retencion de cada una de las cosas singulares que se dejan por fideicomiso. Despues de cuyo senado-consulto el mismo heredero sostenia las cargas hereditarias; mas aquel que en virtud del fideicomiso recibia una parte de la herencia estaba en lugar de legatario parciario; esto es, de aquel legatario á quien se legaba una parte de los bienes, cuya especie de legado se llamaba particion, porque el legatario dividia la herencia con el heredero; por lo que las mismas estipulaciones que acostumbraban interponerse entre el heredero y el legatario parciario se interponian tambien entre aquel que recibe la herencia en virtud de un fideicomiso y el heredero, es decir, para que el lucro y el daño hereditario fuese comun entre ellos á prorata.

NOTAS.

5. *Partiebatur hæreditatem*). Es decir, las cosas de que se componia la herencia: pues el legatario parciario no se hacia sucesor del derecho, ni se daban al ó contra el mismo acciones ningunas hereditarias.

COMENTARIO.

1. *Qué causas dieron márgen al senado-consulto Pegasiano?*
2. *Por este senado-consulto se hizo estensiva la ley Falcidia á los fideicomisos hereditarios.*
3. *Diferencia entre esta ley y el senado-consulto acerca las cosas que se imputan?*
4. *Si fué en virtud de este senado-consulto por el que se hizo estensiva la ley Falcidia á los fideicomisos singulares?*
5. *Diferencia entre los senado-consultos Trebeliano y Pegasiano.*
6. *Del legatario parciario y de las estipulaciones partis et pro parte.*

1. Aunque por el senado-consulto Trebeliano se habia dispuesto que todas las cargas hereditarias se transfiriesen á aquel á quien en virtud de fideicomiso se hubiese restituido la herencia, con todo no era esto bastante para invitar al heredero á adir la herencia; pues aunque despues de este senado-consulto no tenia él mismo nada que temer aunque adiese la herencia y la restituyese; con todo, es tal la naturaleza humana que mu-

cuas veces rehusaban los herederos instituidos adir la herencia solo por utilidad agena, si ellos no podian percibir ningun lucro ó muy pequeño, y de este modo sucedia aunque muchas veces quedase sin efecto el fideicomiso hereditario. Obvióse este inconveniente por medio del senado-consulto Pegasiano, por el que se dispuso que aquel á quien se hubise rogado que restituyese la herencia le fuese lícito retener la cuarta parte de ella á la manera que por la ley Falcidia puede detraerse de los legados.

2. *Perinde et atque ex lege Falcidia*). Lo que la ley Falcidia dispone respecto de los legados, dispone tambien el senado-consulto Pegasiano en la herencia que se ha de restituir. Aun mas; por este senado-consulto se hizo extensivo á los fideicomisos hereditarios el efecto de aquella ley. Justiniano en su oracion al Senado dice que el senado-consulto Pagasiano se hizo á ejemplo de la ley Falcidia (a). De ahí es que los antiguos llamaron tambien á esta cuarta, que hoy dia se llama vulgarmente Trebeliánica, no cuarta de Pegasiano, sino cuarta Falcidia ó beneficio de la ley Falcidia, segun puede verse en la *l.* 41. §. 5. *de vulg. et pup. l.* 2. §. *ult. de jur. eod. l.* 18. *l.* 30. §. 7. *l.* 47. §. 1. *l.* 86. *l.* 95. *ad leg. Falc. Ulp. tit.* 25. §. 2. *sub. quib. mod. test. infir.* §. 5.

3. Hay, empero, alguna diferencia acerca de las cosas que deben imputarse en estas cuartas (b), pues en la Falcidia que se deduce de los legados, solo se imputa aquello que el heredero tiene por derecho hereditario; mas en el cuadrante Pegasiano se cuenta todo aquello que el heredero fiduciario tiene por via de legado ó fideicomiso, ó por causa de cumplir la condicion, *l.* 74. *l.* 76. *l.* 91. *ad leg. Falc.* (c); cuya diferencia parece provenir de que la ley Falcidia prohibe legar mas allá del dodrante, de suerte que debe por lo tanto quedar en poder del heredero la cuarta parte, no de las cosas hereditarias, sino de la herencia. El senado-consulto, empero, no prohibe dejar fideicomisos mas allá del dodrante. Además, la ley Falcidia favorece á la voluntad del testador, de quien es verosímil que no quiso consumir todo su patrimonio en legados, sino que mas bien este no correspondió á su cálculo; mas el senado-consulto se opone manifiestamente á la voluntad del testador, la cual es de que despues de restituida la herencia, no quede al heredero otra cosa que el nudo nombre de tal. No obstante, aquella parte del prelegado que se recibia del coheredero no se imputaba por el heredero fiduciario en la cuarta, *l.* 18. §. *ult. h. tit. l.* 86 *d. l.* 91. *ad leg. Fal. l.* 24. *Cod. fam., etc.*, á causa tal vez de que no es verosímil de que el testador que disminuyó hasta tal punto la porcion del coheredero haya querido que la impute en la cuarta parte de la del otro que se le ha mandado restituir. Con todo, en esto no están conformes los intérpretes: véase á Donelo 7 *com.* 30. *y* 8 *com.* 26. Antonio Fabro 6, *com.* 3, 4, 5 y otros.

4. *Hæc singulis quoque rebus*). De ahí deducen muchos que antes del senado-consulto Pegasiano no fué lícito al heredero deducir la cuarta parte de las cosas singulares dejadas en fideicomiso, y que solo por este senado-consulto se hizo la ley Falcidia estensiva á los fideicomisos particulares; la razon de no creer lo cual y porque pienso que este derecho es mas antiguo que el senado-consulto la espliqué al principio del título próximo anterior. Tambien me acudo ahora otra razon; á saber, que entrambos senado-consultos versan acerca el mismo objeto: pues aunque por el senado-consulto Pegasiano no se dispuso lo mismo que lo que se habia establecido antes por el Trebeliano, con todo consta que en entrambos se trata de lo mismo; es decir, del heredero á quien se ha rogado que restituya la herencia, no de aquel á quien se ha gravado con fideicomisos singulares. Las palabras del Trebeliano se refieren en la *l.* 1. §. 2. *h. tit.* Así pues, la detraccion de la cuarta parte de las cosas singulares dejadas en fideicomiso no debe atribuirse al senado consulto Pegasiano, sino á un derecho mas antiguo, y hasta á la ley Falcidia por interpretacion de los prudentes. Ni obstan á esto las palabras de este párrafo; pues que, en union con Bacovio, pienso que con ellas solo se dá á entender que si se ha mandado al heredero restituir la herencia ó parte de ella, y además se le ha gravado con algunos fideicomisos singulares, no solo podrá deducir la cuarta del fideicomiso hereditario, sino tambien á prorata de los particulares; del mismo modo que podria deducirla igualmente á prorata de los legados si el testador hubiese dejado algunos *l.* 3. §. 2. *ad S. C. Trebel.* Cual sea el objeto de esta cuestion se deduce de lo que dijimos en el *n.* 3. Véase á Vazquez *de succ. resol. lib.* 2. §. 1.

5. *Ipse hæres onera sustinebat*). El senado-consulto Trebeliano transferia las cargas al fideicomisario, mas no permitia retencion ninguna. El Pegasiano concedia la retencion de la cuarta parte; pero no trans-

(a) L. 8. tit. 11. P. 6.
(b) Arg. l. 1 d. tit.
(c) D. l. 8. vers. *Pero.*

teria ninguna carga, como que debiese bastar al heredero el ceder la cuarta parte en su favor, por la percepcion de cuya ventaja estaba obligado á satisfacer las cargas y á sufrir las molestias de los litigios, como tambien á reclamar los créditos hereditarios, segun se observaba por la ley antigua de las doce tablas *l. 6. Cod. fam., etc.* Así pues, restituida la herencia, segun el senado-consulto Pegasiano, esto es, retenida la cuarta por la autoridad del mismo y contra la voluntad del testador el mismo heredero por sí solo sostenia todas las cargas hereditarias, cesando el senado-consulto Trebeliano, pues que este solo tenia lugar cuando el heredero habia verificado la restitucion conforme la voluntad del difunto. *§. sig.*

6. *Legatarii partiarii loco erat*. Mas arriba *al pr. del tit. de legados* manifestamos que podia legarse á alguno una universalidad, esto es, una mitad, una tercera ó cuarta parte de los bienes ó de la herencia y que no obstante esto, semejante legatario, al que antiguamente llamaban parciario no era sucesor del derecho, ni se daban al ó contra él mismo acciones ningunas hereditarias, sino que sin carga ninguna conseguia la parte de los bienes que le habia sido legada. Lo que aquí se dice manifiesta claramente la verdad de lo que dijimos entonces; pues si se hubiesen las acciones transferido á semejante legatario de la manera que en virtud del senado-consulto Trebeliano se transfieren a aquel que recibe la herencia, no hubiera habido necesidad ninguna de interponer las estipulaciones *partis et pro parte* de que se hace mencion aquí entre el heredero y el legatario parciario, como no la hay tampoco de interponerlas entre el heredero y aquel á quien en virtud del senado-consulto Trebeliano se restituye la herencia.

Partitio vocabatur). Aquel á quien se habia legado una parte de los bienes se llamaba legatario parciario, y semejante legado particion. Ulp. *tit.* 24. §. 25. *y tit.* 25. §. 15. Tambien hace mencion de él Ciceron 2. *de legib.* Justiniano dice que la razon de llamarse así es porque el legatario se partia con el heredero la herencia; esto es, las cosas hereditarias ó sea todos los bienes, del mismo modo que se dice tambien que se vende la herencia, pues segun ya se ha dicho, el legatario parciario no se hacia sucesor del derecho.

Unde quæ solebant stipulatiane, etc.) Solian entre el heredero y el legatario interponerse ciertas estipulaciones con el objeto de comunicarse las ganancias y pérdidas, cuyas estipulaciones se llaman *partis et pro parte §. sig.*, puesto que el heredero por sí mismo pagaba lo que debia la herencia y exigia lo que á la misma se debia; pero antes de adir la herencia estipulaba del legatario parciario que si pagaba alguna cosa le volveria este una parte y reciprocamente el otro del heredero que si este exigia alguna cosa le daria de ello una parte. Estas estipulaciones empezaron posteriormente á interponerse entre el heredero y aquel á quien despues de deducida la cuarta en virtud del senado-consulto Pegasiano se restituia la herencia, de suerte que con el auxilio de estas estipulaciones se comunicasen á prorata el daño y el lucro, pues que en este caso solo el heredero ejercia las acciones y las escepciones: Véase á Paulo 4. *setencia* 3. á Ulp. *tit.* 25. §. 13 y á Teóf. *aqui.*

TEXTO.

Quibus casibus locus SC. Trebell. vel Pegasiano.

6. Ergo, siquidem non plus, quàm dodrantem hæreditatis, scriptus hæres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano Senatus-consulto restituebatur hæreditas, et in utrumque actiones hæreditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem jure civili; in eum verò, qui recipiebat hæreditatem, ex Senatus-consulto Trebelliano tamquam in hæredem. At si plus quàm dodrantem, vel etiam totam hæreditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano Senatus-consulto: et hæres qui semel adierat hæreditatem, (si modo sua voluntate adierat,) sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat, ipse universa onera sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium et hæredem: si verò totam hæreditatem restitueret, emptæ et venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus hæres adire hæreditatem, ob id, quod diceret eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavebatur Pegasiano Senatus-consulto. ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, jussu prætoris adiret, et restitueret hæreditatem: perindeque ei et in eum, qui reciperet hæreditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano Senatus-consulto: quo casu nullis stipulationibus est opus: quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hæreditariæ ei et in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem: utroque Senatus-consulto in hac specie concurrente.

TRADUCCION.

En qué casos tiene lugar el senado-consulto Trebeliano y el Pegasiano.

Luego, sino se habia rogado al heredero escrito que restituyese mas del dodrante de la herencia, entonces se restituia esta segun el senado-consulto Trebeliano, dándose á entrambos las acciones hereditarias á proporcion de la parte que tenia: Al heredero por derecho civil, mas, á aquel que recibia la herencia en virtud del senado-con-

sulto Trebeliano, como á heredero. Si, empero, se le había rogado que restituyese mas del dodrante, ó bien toda la herencia, tenía lugar el senado-consulto Pegasiano, y el heredero que una vez había adido la herencia, con tal que lo hubiese verificado voluntariamente, sostenía por sí solo todas las cargas, ya hubiese retenido la cuarta parte, ya no hubiese querido retenerla; y aun cuando hubiese retenido la cuarta se interponian las estipulaciones partis et pro parte *como entre el legatario parciario y el heredero; mas si se había restituido toda la herencia se interponian las estipulaciones de la compra y venta de la misma. Pero si el heredero escrito rehusaba adir la herencia, diciendo que le era sospechosa como perjudicial, se disponia en el senado-consulto Pegasiano que exigiéndolo aquel á quien se le habia mandado que la restituyese, adiese por mandato del Pretor y restituyese la herencia, concediéndose á y contra aquel que recibe la herencia las acciones, lo mismo que por el senado-consulto Trebeliano, en cuyo caso no hay necesidad de estipulacion ninguna porque á la vez se ofrece seguridad al que restituye, y se transfieren las acciones hereditarias á y contra aquel que recibe la herencia, concurriendo en esta especie entrambos Senado-consultos.*

COMENTARIO.

1. *Si el heredero que espontaneamente restituye todo lo que se ha rogado sostiene en virtud del Senado-consulto Pegasiano todas las cargas por sí solo.*
2. *Estipulaciones de la compra y venta de la herencia.*
3. *Capítulo del Senado-consulto acerca de obligar adir á aquel que lo rehusa.*

Non plus quàm dodrantem). Dos fueron los principales capítulos del senado-consulto Pegasiano; en el uno de los cuales se trataba del heredero á quien se habia rogado que restituyese toda la herencia ó mas del dodrante, y el otro de aquel heredero fiduciario que rehusaba adir. Nada empero se disponia en este senado-consulto de aquel heredero que teniendo por la voluntad del difunto la cuarta parte ó mas, adió espontáneamente la herencia. Así que, en este caso la restitucion se verificaba segun el senado consulto Trebeliano, y las acciones se transferian al fideicomisario á prorata sin necesidad de estipulaciones. Ulp. *tit.* 25. §. 12.

Pro parte rata). Por ejemplo: un heredero á quien se rogó que reteniendo para sí la cuarta parte de la herencia, restituyese el resto, lo verificó así. Apareció un acreedor hereditario á quien se deben ciento; darásele para los setenta y cinco una accion útil en virtud del senado-consulto Trebeliano contra el fideicomisario y para los otros veinte y cinco una directa por derecho civil contra el heredero.

Si modo sua voluntate). Pues si habia adido obligándole á ello el pretor, se transferian todas las acciones al fideicomisario, segun estaba dispuesto por el senado-consulto Trebeliano segun diremos luego mas estensamente.

Ipse universa onera sustinebat). Dice que si el heredero á quien se habia rogado que restituyese toda la herencia ó mas del dodrante de ella la hubiese adido voluntariamente y restituidola, insiguiendo la voluntad del difunto, esto es, sin la deduccion de la cuarta, sostenia todas las cargas hereditarias, y que así en este caso ni aun despues del senado-consulto Pegasiano fueron las acciones transferidas á aquel que recibia la herencia lo que parece en estremo absurdo; pues cabalmente por la utilidad que reportaba el heredero en virtud de dicho senado-consulto de poder contra la voluntad del difunto retener la cuarta parte le pareció al Senado que debia él solo sostener las cargas hereditarias, en cuyo caso cesa tambien necesariamente el senado-consulto Trebeliano. Empero, no parece haber razon alguna para que el heredero sostenga por sí solo las cargas, aun en aquel caso en que obedece voluntariamente lo dispuesto por el difunto y restituye todo aquello que se le ha mandado restituir; puesto que en este caso puede la restitucion hacerse segun el senado-consulto Trebeliano y trasferirse en virtud del mismo las acciones, no menos que en el caso en que el heredero tiene por la voluntad del testador integra la cuarta y restituye lo restante, en cuyo caso, segun se ha dicho al *pr. de este* §. pasan las acciones al fideicomisario á prorata. Supóngase que se ha rogado al heredero que restituya el dextante y que prefiere dar pleno cumplimiento á la voluntad del difunto á retener contra la misma y en virtud de la facultad que le concede el senado-consulto Pegasiano alguna cosa. ¿Por qué razon no ha de poder en este caso hacerse la restitucion segun el senado-consulto Trebeliano y transferirse en el dextante las acciones al fideicomisario, lo mismo que cuando habiéndosele rogado que restituya el dodrante y lo verifica se transfieren en el dodrante? La razon de esta diferencia parece ser que cuando el heredero por voluntad del difunto tiene salvo el cuadrante no puede hacer uso del senado-consulto Pegasiano, aun cuando quiera; pues dicho senado-consulto no pertenece á este caso, quedando integra respecto del mismo la autoridad del Trebeliano. Cuando, empero, se le ha rogado que restituya mas del dodrante, puede hacer uso del segundo senado-consulto, el que tambien tuvo presente este caso y en cierto modo

derogó la fuerza del Trebeliano. Por esta razon, si aquel que podia valerse del beneficio del Pegasiano no ha hecho uso de él, se considera haberlo renunciado, y haber querido favorecer en esto al heredero fideicomisario, de suerte que quede tan obligado á las cargas hereditarias como si detraida la cuarta hubiese restituido lo restante. Hace para el caso lo que Paulo *sent.* 5. §. *ult.* dice que aquel que restituyó toda la herencia, siendo asi que debió en virtud del senado-consulto Pegasiano retener la cuarta, no puede repetirla. Sin embargo, á mi modo de ver, ó esto se fundaba en la razon estricta del derecho, ó lo que es mas probable, pertenecia á aquel caso en que el heredero que podia valerse del senado-consulto Pegasiano habia restituido simplemente toda la herencia, pues si espresamente hubiese declarado que queria restituir la herencia segun el senado consulto Trebeliano con el objeto de transferir las acciones, no sé ver razon ninguna porque no podia esto admitirse. Por el contrario, acostumbraba en estos casos hacerse la restitucion de dicho modo, segun manifiesta Paulo en *d. libro y título* §. 1. y Modestino *l.* 45. *h. tit.*, en cuyo lugar con todo considera mas prudente que el heredero diga que considera la herencia como sospechosa, y que la restituya obligado á ello por el pretor, en cuyo caso se entiende hacerse tambien la restitucion segun el senado-consulto Trebeliano y se transfieren las acciones. Tambien parece haber advertido esto Cuyacio, quien en sus *notas á Paulo* dice que si aquel á quien se ha rogado que restituya toda la herencia omitiere la deduccion de la Falcidia para mejor cumplir su encargo, debe verificar la restitucion segun el senado-consulto Pagasiano, interponiendo las estipulaciones de la compra y venta de la herencia, ó lo que es mas espedito, segun el senado-consulto Trebeliano, ó bien segun el Pegasiano obligado por el pretor, sin interponer estipulacion ninguna.

2. *Quasi partis et pro parte*). De las cuales se ha hablado en el §. *precedente*; pues á ejemplo de las estipulaciones *partis et pro parte*, que solian interponerse entre el heredero y el legatario parciario acerca de comunicar el lucro y el daño, se interponian tambien por la misma causa entre el heredero y el fideicomisario, de suerte que se comunicasen las ganancias y pérdidas á aquel á proporcion del cuadrante y á este á proporcion del dodrante. Ulp. *tit.* 25 §. 15. Paulo *d. lib. y tit. al pr.* Teófilo *aqui.*

Emptæ et venditæ hæreditatis). Cuando se restituia á ruegos del difunto, pero espontáneamente toda la herencia, se interponian las estipulaciones de la compra y venta de la misma. En que consistieron dichas estipulaciones no se dice espresamente en parte ninguna: solo en cierto modo se indica por Ulp. en la *l.* 50. §. 1. *de verb. oblig.*; en donde refiere estas palabras que se pronunciaban por parte del comprador: *¿Prometes dar todo lo que pagare o satisfaciere por causa de la herencia?* En efecto, entre el comprador y el vendedor de la herencia es sabido, segun escribe Ulp. en la *l.* 2 *de hæred. vel act. vend.* que se conviene que el comprador no tenga mas ni menos derecho del que tendria el heredero; en el efecto, se entiende pues que por medio de estas estipulaciones no podian transferirse al comprador las acciones hereditarias. Empero, segun no hace mucho manifestamos, pudo tambien en este caso verificarse la restitucion segun el senado consulto Trebeliano; de suerte que las acciones se transfiriesen sin intervencion de semejantes estipulaciones.

5. *Si recusabat hæres scriptus*). Otro capítulo principal del senado-consulto Pegasiano fué que si el heredero rehusaba adir la herencia, se le obligase por mandato del pretor á adirla y restituirla, *l.* 4. *l.* 6 §. 2 *l.* 14. §. *pen.* y á cada paso en este *tit. l.* 17. *si quis om. cas. test.* Ulp. *tit.* 25. §. 14. Pero se dirá, si la adicion es un hecho al cual ni el siervo puede ser compelido por su señor, *l.* 5 *Cod. de hæred inst.* ¿cómo será compelido á él el heredero? No creo que pueda precisamente ser compelido sino que su contumacia se tendrá por adicion *l. pen.* §. 1. *cod. h. tit.*

Quasi damnosam). Basta que se alegue esto por el heredero, pues no se investiga si la herencia es suficiente para satisfacer las deudas. Ni tampoco se exige del heredero la razon por que teme ó no quiere adir la herencia; pues siendo varios los caracteres de los hombres, unos temen el enredarse en negocios; otros las deudas, aunque aparezca opulenta la herencia; otros la envidia ó malevolencia; y algunos tal vez quieren favorecer á aquellos á quienes se ha dejado la herencia, pero sin ningun gravámen suyo *d. l.* 4 *h. tit.*

Quo casu nullis stipulationibus est opus). Adida y restituida la herencia por mandato del pretor se dan las acciones á y contra aquel que las recibe lo mismo que si la restitucion se hubiese verificado segun el senado-consulto Trebeliano, y Ulp. en *d. tit. y* §. dice lo que en el Pegasiano se dispuso que asi se observase, por lo que no habrá aqui necesidad de estipulacion ninguna. Mas asi como en este caso se ha favorecido al que restituye para que no esperimente ningun perjuicio, asi

tambien pierde el derecho á toda la utilidad que habria podido percibir en virtud del beneficio del senado-consulto Pegasiano, ó por la voluntad del difunto, si no hubiese permitido que se le obligase, *d. l. 4. d. l. 14. §. 4. l. 27. §. 2. y §. 14. h. tit.*

Utroque senatus-consulto concurrente). Pues la coaccion que el pretor hacia al heredero para que adiere provenia del senado-consulto Pegasiano y la traslacion de las acciones á aquel que recibia la herencia del Trebeliano.

« En España si el heredero fiduciario rehusare adir la herencia, ó bien la repudiare, se concede al fideicomisario la facultad de tomarla por entero, lo propio que á los legatarios de segundo grado, si los de primero no admitiesen el legado *l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.* De aquí deducen con razon Pichar en este texto *n. 9* y Gregorio Lopez, *Glos. 12 al fin l. ult. tit. 5. P. 6.* que no tiene hoy dia lugar entre nosotros la necesidad de la coaccion en virtud de la que segun derecho romano el heredero fiduciario era obligado á peticion del fideicomisario á adir y restituir la herencia. »

TEXTO.

Pegasiani in Trebellianum transfusio.

7. Sed quia stipulationes ex Senatus-consulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas eas homo exelsi ingenii Papinianus appellat; et nobis in legibus magis simplicitas, quàm difficultas placet; ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quàm differentiis utriusque Senatus-consulti, placuit expulso Senatus-consulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatus-consulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hæreditates restituantur: sive habeat hæres ex voluntate testatoris quartam, sive plus sive minus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano SC. pro rata portione actionibus tam in hæredem quam in fideicommissarium competentibus. Si verò totam hæreditatem sponte restituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommissario, et adversus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani Senatus-consulti fuerat, ut quando recusaret hæres scriptus sibi datam hæreditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum, et contra eum transferre actiones. Et hoc transposuimus ad Senatus-consultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas hæredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.

TRADUCCION.

Refusion del senado-consulto Pegasiano en el Trebeliano.

Pero disgustando á la misma antigüedad las estipulaciones que provenian del senado-consulto Pegasiano y llamándolas Papiniano, varon de esclarecido ingenio, capciosas en ciertos casos; y gustándonos á nosotros mas la sencillez que la dificultad en las leyes; por esta razon, despues de habérsenos hecho presentes todas las diferencias y semejanzas de entrambos senado-consultos, quisimos que suprimido el Pegasiano que se dió posteriormente se transfiriese toda la autoridad al Trebeliano, de modo que se restituyan las herencias fideicomisarias segun él, ya tenga el heredero la cuarta por la voluntad del testador, ya mas, ya menos, ya nada enteramente; de suerte que cuando no tenga nada ó menos de la cuarta pueda por nuestra autoridad retener la cuarta, ó lo que de la misma le faltare, ó bien repetir lo pagado; compitiendo así al heredero como al fideicomisario las acciones á prorata de su porcion, como en virtud del senado-consulto Trebeliano Si, empero, restituyere espontáneamente toda la herencia, todas las acciones hereditarias competen á y contra el fideicomisario. Tambien transpusimos al senado-consulto Trebeliano lo principal del Pegasiano, á saber, que cuando el heredero escrito rehusase adir la herencia que se le habia dado se le impusiese la necesidad de restituirla toda al fideicomisario que la quisiese, transfiriendo á y contra el mismo todas las acciones, de suerte que solo en virtud de este senado-consulto se imponga la necesidad al heredero, si no queriendo adir él mismo, el fideicomisario desea que se le restituya la herencia, sin que el heredero sienta ningun perjuicio ni ventaja.

NOTAS.

Vel repetere solutum). Es decir, pagado por error de hecho, no de derecho *l. 9. cod. ad leg. Fal.* Así por ejemplo: uno cuyos bienes ascendian á ciento, legó ciento, y el heredero pagó íntegramente los legados. Si lo verificó por un error de hecho, creyendo que la cantidad del patrimonio del difunto era tal, que despues de pagados los legados le quedaba aun la cuarta Falcidia, tendrá la repeticion; pero no si erró en el derecho: esto es, si no ignoraba la cantidad del patrimonio, pero creia que no tenia la retencion de la cuarta. Lo mismo se observa en la restitucion del fideicomiso, segun se dice *aquí*.

Pro rata portione). *L. 1. Cod. h. tit.* Con todo, las cargas de los legados solo corresponden al fideicomisario, *l. 1. §. ult. ff. eod.* y en ella Acursio y los doctores en la *l. 2. y ult. Cod. eod.*; á no ser que se haya rogado al heredero que restituya menos del dodrante; pues que entonces por aquello que tiene á mas de la cuarta deberá tambien satisfacer los legados, *l. 1. §. pen. eod.*

Totam hæreditatem sponte). Deseando dar entero cumplimiento á las súplicas del difunto, *l.* 45. *ad S. C. Treb.*, y desempeñar mas cumplidamente su encargo, *l.* 5. §. 15. *de donat. int. vir. et uxor.*

COMENTARIO.

1. *Porqué razon parecieron capciosas las estipulaciones que provienen del senado-consulto Pegasiano?*
2. *Si el heredero que no hizo inventario pierde la cuarta de este senado-consulto, y si el testador puede prohibir la deduccion de la misma?*
3. *Dos deducciones segun el capítulo Raynutius 16.*
4. *En que parte se transmiten ó quedan las acciones.*
5. *Explícase la l. 5. del Cod. de este tit.*
6. *La carga de los legados solo corresponde al fideicomisario.*

Refúndese en este lugar toda la fuerza del senado-consulto Pegasiano en el Trebeliano, de suerte que la herencia ya solo se restituye en virtud de este último. Así que, actualmente puede en virtud del mismo retener el heredero la cuarta ó lo que de ella le falte y las acciones se comunicarán entre él y el fideicomisario á prorata, como tambien será obligado á la adicion, y restituida toda la herencia, ya espontáneamente ya por mandato del pretor todas las acciones pasarán al fideicomisario, sin que quede ya uso ninguno de las estipulaciones de que antes se hizo mencion.

Ex Pegasiano S. C. descendentes). Las estipulaciones *partis et pro parte* y las de compra y venta de la herencia no fueron por primera vez introducidas por el senado consulto Pegasiano, sino que son mas antiguas. Aquí, empero, se dice que provienen de él, porque por el mismo fueron transferidas á la restitucion de la herencia, no teniendo lugar el Trebeliano. Hotomano deduce de aquí que en dicho senado-consulto se hizo mencion expresa de estas estipulaciones.

1. *Captiosa*). Las estipulaciones de la compra y venta y lo mismo las *partis et pro parte* eran capciosas, porque no obstante las mismas, quedaban aun integras las acciones á y contra el heredero; pues por la interposicion de estas estipulaciones no se obligaba á los acreedores á que reconvinieran al fideicomisario, sino que el heredero seguia los litigios y repetia de aquel lo que habia satisfecho á los acreedores, así como por el contrario el fideicomisario debia obrar contra el heredero para que le devolviese lo que hubiese exigido de los deudores. Por estas dificultades y rodeos de los pleitos sucedia fácilmente que alguno de ellos saliese perjudicado por la malicia o pobreza del otro, lo que puede evitarse cómodamente haciéndose la restitucion segun el senado-consulto Trebeliano; pues si el heredero es reconvenido despues de haber sido restituida la herencia, puede defenderse con la escepcion de haberla restituido y ser á su vez repelido con la misma si fuere él el autor. Llama, pues, Papiniano capciosas á estas estipulaciones, no porque sean fraudulentas, sino porque pueden producir perjuicio y están llenas de dificultades, y por estos rodeos son capciosas las estipulaciones del senado-consulto Pegasiano, segun dice Justiniano, *l.* 2. *C. de vet. jur. enuc.*; pues nuestros autores llaman capcioso aquello que es en fraude ó perjuicio de alguno, *l.* 5. *de transac. l.* 14. §. 5. *vers. un. de quid. quod. vel. cau. l.* 6. §. 10. *quæ in frau. cred.* Muy bien, pues, traduce Teófilo ἐπιζήμιους, esto es, perjudicial, y no veo razon ninguna porque Vacovio no quiere admitir semejante nombre.

In legibus magis simplicitas). En el §. 5 *infra* de *legit. agnat. suc.* alaba la ley de las doce tablas por que siguió la sencillez que conviene á las leyes en la sucesion legitima de los agnados. Aquello, empero, que vemos que siguen los legisladores al dictar las leyes debemos tambien seguirlo nosotros en la interpretacion de las mismas evitando los sofismas, las sutilezas, las escrupulosidades, las oscuridades, las distinciones y las diferencias nimias.

Senatus consulto Trebeliano præstare). Como á mas sencillo y libre de capciosos rodeos transferia *ipso jure* en cuanto á la fuerza y efectos; lo que por el Pegasiano solo se conseguia interponiendo las estipulaciones y mil rodeos inútiles.

2. *Vel quartam, vel quod deest*). De ahí el haber los intérpretes llamado Trebeliánica á esta cuarta; mas entre los antiguos nunca se le da otro nombre que el de Falcidia segun manifesté mas arriba en el §. 5.; y esto así, porque por el senado consulto Pegasiano no tanto se introdujo una nueva cuarta, como se hizo extensiva la Falcidia á los fideicomisos universales. De aquí se deduce tambien que bajo el nombre de cuarta Falcidia se entiende propiamente tambien esta cuarta, y por consiguiente que puestos términos hábiles, y en caso de duda, cuando no se establece expresamente ninguna diferencia entre la cuarta que el heredero deduce de las cosas singulares, y la que puede retener del fideicomiso hereditario, todo lo que por nuestro derecho se dispone acerca de la Falcidia pertenece igualmente á entrambas cuartas; como por ejemplo, lo que Justiniano

dispuso que el heredero que omitiese hacer inventario pierda el beneficio de la Falcidia, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. del.*, y tambien que no tenga este lugar si el testador hubiere expresamente prohibido al heredero que haga uso de él, *Nov.* 1. *cap.* 2.; pues es enteramente verosímil que Justiniano siguió el uso constante de todos los autores, y que bajo el solo nombre de la Falcidia comprendió entrambas cuartas. Si hubiesen advertido esto los intérpretes, á buen seguro que ninguno de ellos se hubiera atrevido á negarlo; pero se ha contradicho tanto que es dificil actualmente el decir en favor de cual de las dos opiniones hay mayor número de autores y de fallos judiciales: Véase á Ferrara *for. libell. pro lege rei sing.* n. 5. Gom. 1. *resol.* 5. *n.* 11, *y* 12. Aparece, con todo, de los autores citados por Cristineo que por el uso está ordinariamente admitido que pueda tambien prohibirse expresamente la detraccion de la cuarta del senado consulto, escepto en los hijos de primer grado, entendiendo por tales, no solo los hijos sino tambien los nietos y demás á quienes no precede ningun otro en su órden, y que aun cuando no se haya hecho inventario, no se pierde la cuarta del senado consulto. *Min.* 3. *obser.* 60.

3. Por derecho canónico se conceden á los hijos gravados con un fideicomiso universal dos deducciones, á saber, la de la legítima y la de la cuarta Trebeliánica *cap. Raynutius* 16. *X. de test.* lo que aunque es desconocido por las leyes civiles, Cuyacio 8. *obser.* 3. Hotom. *illust. quæst.* 43. con todo está recibido en el uso del foro civil por todo el orbe, y se observa como el Evangelio, segun atestiguan Baldo y Jason en la *auth. res quæ C. comm. de legat.* Castro en la *l.* 6. *C. ad S. C. Trebell.* VINN. Muchos autores en union con Cuyacio y nuestro Vinnio establecen que el derecho introducido por los *cap. Raynutius y Raynaldus X. de test.* es desconocido por derecho civil; mas no malamente puede esto dudarse, pues en primer lugar al mandar el derecho civil que antes de la computacion de la cuarta Falcidia, y por lo tanto de la Trebeliánica, se deduzcan las deudas, quiso tambien sin duda que se dedujese la porcion legítima de la herencia, puesto que con razon se cuenta entre aquellas, *l.* 8. §. 8. *ff. de inof. test. l.* 67. §. 1. *de legat.* 2. Además Cenon en la *l.* 6. *C. ad S. C. Trebell.* dice expresamente: *Lo mismo mandamos observar en la retencion de la porcion de la ley Falcidia, aunque el padre ó la madre, habiendo instituido por heredero al hijo ó á la hija, les hubieren mandado restituir la herencia á sus nietos y nietas, biznietos ó biznietas, y así sucesivamente.* Permite esta ley á los hijos gravados con un fideicomiso que puedan deducir la cuarta por la autoridad del senado consulto Trebeliano; pero añade que en dicha cuarta no se imputan los réditos ni la cuarta Falcidia; esta, empero, no es otra aquí que la porcion legítima segun agudamente observó el esclarecido varon Pagenstechero en sus Aforismos *h. tit.* §. 164. En otras partes se llama tambien cuarta Falcidia esta porcion, como en la *l.* 8. §. 9. *y* 14. *ff. de inof test. l.* 31. *C. eod.* y en Paulo *Receptæ sententiæ, lib.* 4. *tit.* 5. §. 5., y ya otros observaron que esta porcion fué introducida por la ley Falcidia ó por la razon de la misma. Véase á Juan de Cuesta al *pr. de las inst. de inof. test.* y al ilustre varon Escultingio *jurisp. antejus. pág.* 581. De aquí se sigue que el Pontífice obró en estos capítulos mas bien como á intérprete del derecho civil que como legislador. Disiente de esta opinion Harprecht en su disertacion sobre el derecho de deducir las dos cuartas, á cuyos argumentos no obstante podríamos facilmente contestar si tal fuese nuestro intento. HEIN.

Vel repetere solutum). Es decir, pagado por error de hecho, *l.* 9. *C. ad leg. Fal.*; pues esto no se repite por beneficio del senado consulto, sino por derecho comun, por el cual se concede á todos la repeticion de lo que se ha pagado por error, por cualquier causa que sea, de lo que hablaremos con mas detencion en su respectivo lugar.

4. *Pro rata portione*). Si tan solo se ha mandado restituir una parte de la herencia, las acciones quedarán en poder del heredero á proporcion de la parte no restituida, y á proporcion de la restituida pasarán al fideicomisario; mas si se ha mandado restituir toda la herencia ó la porcion integra de un heredero, y este la restituyese toda, espontáneamente ó forzado á ello, nada importa, se transfieren todas las acciones; si restituyere el dodrante reteniendo la cuarta por el senado consulto, se transfieren en el dodrante las acciones y quedan en el cuadrante, *l.* 1. *C. h. tit.* Y en esto se diferencia el heredero fiduciario de aquel que ha sido gravado con legados, el cual está obligado á satisfacer por si solo á los acreedores. Las acciones, empero, se dividen á proporcion de la parte que á cada uno le toca desde luego que se ha verificado la restitucion; esto es, si el heredero hubiese dicho de palabra que restituia, ó hubiere restituido por medio de cartas ó mensajero, aunque el fideicomisario no haya todavia alcanzado la posesion de la cosa, *l.* 37. *l.* 67. *in pr. h. tit.*

5. Lo que se dice, empero, que al supo-

ner la razon del senado consulto se deducen las deudas, *l. 5. C. eod.* no quiere decir otra cosa sino que al fijar la cantidad de los bienes se tienen tambien en cuenta las deudas y se deducen de los bienes, para que pueda saberse que cantidad de las mismas pasa al fideicomisario en union con la porcion restituida, y cual queda en poder del heredero en union con la retenida. Supongamos que los bienes ascienden á quinientos, y que de ellos se deben ciento; en este caso se restituirán trescientos setenta y cinco al fideicomisario, y á proporcion de esta parte se le transferirán las deudas. El heredero retendrá ciento veinte y cinco debiendo por la cuarta parte ser reconvenido por los acreedores. Así, pues, deberá esto transigirse desde que se dispuso que las acciones pasasen á entrambos á prorata, lo que no me parece que hayan esplicado bastante bien Wesembecio, é insiguiendo al mismo, Cristineo, *vol 4. decis.* 53. *n.* 5.

6. En efecto, aunque el heredero fiduciario sostenga por su parte el gravámen de las deudas, no obstante, la comun opinion es que los legados corresponde satisfacerlos tan solo al fideicomisario, Acursio en la *l. 1. §. ult. h. tit.* y los DD. en la *l. 2 y ult. C. eod.* cuya opinion, á pesar de que Donelo la cree falsísima, yo la considero verdadera. En efecto, deduciéndose la cuarta igualmente de los legados que del fideicomiso, *l. 3. §. 2. eod.*, debe satisfacerse á los legatarios del residuo del drodante el cual restituye por entero el heredero; de otra suerte no tendria este integra la cuarta á no ser que digamos que el heredero puede no obstante ser reconvenido á proporcion de su parte por los acreedores y que debe repetir del fideicomisario lo que hubiese satisfecho, debiendo imputarse á sí mismo el no haberse retenido una porcion del dodrante. Esto, empero, no puede decirse en el caso propuesto, pues restituido por la autoridad del Senado el dodrante, del cual han de satisfacerse todos los legados, las acciones de los legatarios se transfieren al fideicomisario, quien si fuere reconvenido imputará lo que le correspondiere á cada legatario, *arg. l. 3. in pr. eod.*. Sin embargo, si los legatarios reclamaren antes de hacerse la restitucion, no pienso que pueda el heredero alegar escepcion ninguna, por cuanto si les satisfaciere, todo esto deberá restituir de menos por causa del fideicomiso, *arg. l.* 27. §. 7. *in fine eod.* Pero si se ha rogado al heredero que restituya menos del drodante no hay duda que á proporcion de lo que tiene además de la cuarta le pertenecerá tambien la carga de los legados y de los fideicomisos singulares, *l. 1, §. pen. eod.* Saliceto en *d. l. 2. y l. ult.* Grocio 2. *manud.* 10 á cuyo caso muchos autores en union con la Glosa refieren tambien *d. l.* 2. Bacovio en sus notas á *Treut. l. vol. 2. disp. 11. thesis.* 9 piensa que el sentido de dicha ley es que el fideicomisario sea obligado á permitir que se deduzca la cuarta, así de su parte, como de los legados, cuando concurriendo los legatarios se trata de restituir la herencia.

Nec damno nec commodo). Lo que se dispuso así con razon; pues ni es justo que el heredero sufra en este caso perjuicio ninguno á causa de que se le obliga á adir solo por contemplacion á otro, ni debe tampoco obtener ventaja ninguna, ni aun la de la cuarta porque verifica la adicion á riesgo ageno, *l. 5. h. tit.* sobre lo que hemos hablado tambien en el §. *precedente.*

« En España ni es necesario que el heredero « instituido en primer grado sea obligado á « adir la herencia, ni que se interponga entre « él y el fideicomisario estipulacion ninguna; « por lo que dijimos en los §§. 2 y 6 de este « título y en el 2 del anterior. »

TEXTO.

De quibus hæredibus et in quibus fideicommissariis supradicta locum habeant

8. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur; an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam et hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.

TRADUCCION.

En qué herederos y en qué fideicomisarios tiene lugar lo mas arriba dicho.

No hay, empero, diferencia ninguna entre que á uno instituido heredero en el as se le ruegue que restituya toda la herencia ó una parte de ella, y entre que á un heredero instituido en parte se le ruegue que restituya toda la parte ó parte de ella; pues que en este caso mandamos observar lo mismo que dijimos respecto de la restitucion de toda la herencia.

COMENTARIO.

El sentido de este lugar es bastante claro. No solo aquel que ha sido instituido heredero en el as, y á quien se le ha rogado que restituya toda la herencia ó parte de ella puede, ya adiéndola espontáneamente y restituyéndola, retener la cuarta parte ó lo que

de ella le faltare, quedando y traspasándose á prorata las acciones de los acreedores; ya manifestando que tiene por sospechosa la herencia ser exonerado y transferirla toda á el que le obliga á adir, *l.* 16. §. 4. *h. tit.* ... que tambien si uno ha sido instituido heredero en una parte, por ejemplo, en el semise y se le ha rogado que restituya dicha parte, puede retener la cuarta de ella y en el caso propuesto una onza y media; de modo que las acciones hereditarias queden y se transfieran á prorata. Puede tambien desprenderse de todas las acciones y transferirlas al fideicomisario restituyendo espontáneamente toda su parte, ó rehusando adirla y verificándolo por mandato del pretor. Finalmente, aquel á quien se ha rogado que restituya una parte de aquella en que ha sido instituido puede del mismo modo retener lo que le falte, si por la voluntad del difunto no tiene salva la cuarta parte de su porcion, ó bien rehusando adir, ser á peticion del fideicomisario obligado por el pretor á adir y restituir toda aquella parte con todos sus gravámenes y ventajas, pues tambien aquí tiene lugar aquella regla vulgar: *lo que se observa en el todo, respecto al todo, se observa tambien en la parte, respecto á la parte, l.* 76 *de reiv. l.* 5 *pro de rel.* §. 12 *in fine sup. de legat.* Semejante á esto es lo que mas arriba en el §. 1 *de la l. Falcidia* dijo que en cada uno de los herederos se suponia la razon de la ley Falcidia. Así por ejemplo, si uno ha sido instituido heredero en el semise, y se le ha rogado que restituya dicha parte puede retener la cuarta de ella.

TEXTO.

De eo, quod hæres voluntate testatoris deducit, præcepitve.

9. Si quis una aliqua re deducta, sive præcepta, quæ quartam continet, (veluti fundo vel alia re,) rogatus sit restituere hæreditatem, simili modo ex Trebelliano Senatus-consulto restitutio fiet, pariade ac si quarta parte retenta rogatus esset, reliquam hæreditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cùm deducta sive præcepta aliqua re restituitur hæreditas, in solidum ex eo Senatus-consulto actiones transferentur, et res, quæ remanet apud eum hæredem, sine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero verò casu, cùm quarta parte retenta rogatus est hæres restituere hæreditatem, et restituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferente ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quin etiam licet una aliqua re deducta aut præcepta, restituere aliquis hæreditatem rogatus sit, in qua maxima pars hæreditatis contineatur, æquè in solidum transferuntur actiones. Et secum deliberare debet is, cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, et si duabus pluribusque rebus deductis præceptisve, restituere hæreditatem rogatus sit. Sed etsi certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus sit aliquis hæreditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus et ad eum, qui ex parte hæres scriptus est.

TRADUCCION.

De lo que el heredero deduce ó toma por la voluntad del testador.

Si se ha rogado á uno que restituya la herencia, deducida ó prelegada alguna cosa que contiene la cuarta, por ejemplo, un fundo ú otra cosa, se verificará la restitucion del mismo modo segun el senado-consulto Trebeliano, lo propio que si se le hubiese rogado que, retenida la cuarta parte, restituya el resto de la herencia. Mas hay la diferencia de que en el otro caso, es decir, cuando la herencia se restituye, deducida ó prelegada alguna cosa en virtud de dicho senado-consulto, se transfieren las acciones in solidum, *y la cosa que queda en poder del heredero queda en él sin ningun gravámen hereditario, como que la hubiese adquirido por via de legado; mas en el otro caso cuando se ha rogado al heredero que restituya, la herencia reteniendo la cuarta parte, y la restituye, se dividen las acciones transfiriéndose en el dodrante al fideicomisario y quedando en el cuadrante en poder del heredero (a). Y aunque se haya rogado á uno que restituya la herencia despues de deducida ó prelegada la cosa que contiene la mayor parte de la herencia se transfieren igualmente* in solidum *las acciones, debiendo deliberar consigo mismo aquel á quien se restituye la herencia si le conviene que se le restituya. Lo mismo se observa aunque se haya rogado que restituya la herencia, deducidas ó prelegadas dos ó mas cosas, y tambien aunque se haya rogado á uno que restituya la herencia, deducida ó prelegada una cierta suma que contiene la cuarta, ó bien la mayor parte de la herencia. Lo que dijimos, empero, de aquel que es instituido en el as lo hacemos extensivo tambien al que es nombrado heredero en parte.*

NOTAS.

9. *Una aliqua re deducta*). Aquel á quien se ha rogado que restituya la herencia despues de deducida cierta cosa ó cantidad es semejante al heredero á quien habiendo sido instituido en una cosa cierta se le ha dado un coheredero simplemente; pues que así al uno como al otro se les considera como á legatarios, *l.* 1. §. *ult. h. tit. l. pen. C. de hæred. inst.*

In qua maxima pars hæreditatis). Pues el valor de la cosa no muda la razon del derecho. No sufre, empero, las cargas sino aquel que retiene su parte por derecho hereditario, *d. l.* 50. §. 2; pero si la cosa que se ha mandado deducir no iguala á la cuarta, podrá el heredero retener lo que le falta por derecho hereditario, *l.* 1. §. 26. *eod.*

(a) L. 8. y fin. tit. 11. P. 6. al fin.

Duabus pluribusve). La razon de esto es porque siempre se atiende á si se da la cosa al heredero por derecho hereditario, ó bien en las cosas singulares.

Qui ex parte hæres). De modo que si se le ha rogado que se verifique la restitucion habiéndosele prelegado alguna cosa tendrá esta el heredero sin carga ninguna.

COMENTARIO.

1. *Si y hasta que punto en el caso propuesto despues de consumida la porcion restituida pueden los legatarios y acreedores reconvenir al heredero?*

Mas arriba en el título de la *inst. de hæred* § 8 manifestamos que si solo uno era instituido en una cosa cierta se hacia heredero y obtenia la herencia de todas las cosas, lo mismo que si hubiese sido instituido simplemente sin hacerse mencion de la cosa, *l. 1. § 4. d. tit. l. 41. §. ult. de vul. et pup.*; pero si se han instituido muchos, unos de ellos en una cosa cierta y otros simplemente ó en una parte de la herencia, solo se hacen herederos aquellos que lo han sido simplemente ó en una parte cuota, considerándose como á legatarios los instituidos en una cosa ó cantidad cierta, *l. pen. C. de hæred. inst.* á no ser que faltaren los herederos de la parte universal, pues entonces se observa lo mismo que si los instituidos en una cosa singular hubiesen sido solos desde un principio. Semejante á este caso es el que se propone en este §., á saber, cuando se ruega á uno que restituya la herencia deduciendo cierta cosa ó cantidad; pues restituida en el caso propuesto la herencia, el fideicomisario es como un coheredero y el heredero como aquel que ha sido instituido en una cosa cierta, habiéndosele dado simplemente un coheredero. Asi que, si el fideicomisario rehusare recibir la herencia, solo será heredero aquel á quien se rogó y adió. Pero una vez recibida la herencia solo el fideicomisario está en lugar del heredero, haciendo el otro las veces de legatario como un coheredero instituido en cosa cierta.

Una aliqua re). Lo que en los §§. precedentes se ha dicho de la division de las acciones hereditarias entre el heredero fiduciario que retenida una parte de la herencia por la voluntad del difunto restituye el resto al fideicomisario Trebeliano tiene lugar, segun aquí se nos enseña, cuando se ha rogado á uno que restituya la herencia, reteniendo una parte de ella ó del as, ó segun dicen vulgarmente los intérpretes, deducida la cuarta. Diferente, empero, es lo que se observa si se ha rogado á uno que restituya habiéndosele prelegado alguna cosa ó cantidad, por ejemplo, cien áureos; aunque dicha cosa ó cantidad complete la cuarta, y aun exceda de ella, pues aunque tambien aquí se haga la restitucion por el senado-consulto Trebeliano, con todo no quedan en poder del heredero acciones ningunas, ni ninguna carga hereditaria á proporcion de la parte retenida; sino que todo ello pasa al fideicomisario, y el heredero tendrá lo que se le ha prelegado por derecho de legatario, esto es, sin carga ninguna hereditaria, las que es sabido que no pesan sobre los legatarios *l. 52. de mand. l. ult. C. de hæred act.* Meciano propone esta materia breve y claramente en la *l. 30. §. 3. h. tit.* Mucha diferencia hay, dice, entre que se retenga la parte por derecho hereditario ó bien en una cosa ó cantidad cierta; pues en el primer caso las acciones se dividen entre el heredero y el fideicomisario; en el segundo, empero, pasan al fideicomisario. Aquí pertenece la *l. 1. §. ult. eod*. Si el heredero hubiere adido obligado á ello por el pretor será privado tambien del prelegado; *l. 27. §. 14. eod.*

Quæ quartam continet). Si la cosa que se ha mandado deducir no completa la cuarta parte, entonces el heredero podrá reclamar su suplemento, ó retener por derecho hereditario lo que le faltare de la cuarta, Glosa y DD. *aquí, arg. §. 7. h. tit. l. 1. §. 16. eod.* Entonces, empero, segun piensa la Glosa en *d. l. 1. §. ult.* y Canciuncula y Minsinjero *aquí* es justo que el heredero, á lo menos á proporcion de este suplemento, esté subsidiariamente sujeto á las acciones de los acreedores.

Ex S. C. Trebeliano). Antes de la refusion del senado-consulto Pegasiano en el Trebeliano, si lo que se habia mandado restituir al heredero no excedia del dodrante, la restitucion se hacia segun el senado consulto Trebeliano, al decir lo cual entienden siempre nuestros autores que se transfieren en parte las acciones; mas si excedia, entonces se verificaba segun el Pegasiano, en cuyo caso quedaban las acciones en el heredero, y se interponian las estipulaciones, segun lo que se ha dicho en el §. 6, *eod.* Actualmente, suprimido el senado consulto Pegasiano se transfieren las acciones á proporcion de la parte restituida. Mas en el caso propuesto, ya antiguamente se hacia la restitucion por el senado consulto Trebeliano, *l. 1. §. 16. eod.* y se transferian las acciones por entero, por cuanto el heredero en poder de quien no queda por derecho hereditario parte ninguna, es semejante al legatario.

1. *In qua maxima pars hæreditatis*.

Supóngase que uno que poseia cuatrocientos rogó al heredero que tomando para sí un fundo de valor de trescientos, restituyese la herencia á Ticio. Aquí, á pesar de que este fundo compone la mayor parte de la herencia, esto es, el dodrante, sin embargo, si restituye el resto se transfieren las acciones por entero á Ticio, pues que el valor no muda la razon del derecho, ni hace que la cosa deje de ser singular. Sin embargo, en este caso si ha sido consumida la porcion restituida debe favorecerse al fideicomisario obligando al heredero á satisfacer á los legatarios á proporcion de lo que tiene además de la cuarta, segun dicen Cancionula y Minsingero *aquí*. Con mayoría de razon, pues, estará tenido por la misma cantidad á los acreedores puesto que está á ellos obligado subsidiariamente á proporcion de la parte que tomó para sí, si la herencia no fuere solvente, segun quiere el mismo Minsingero y Gotofredo en sus *not. mar. á Schneid.* Y aunque esto no conviene tal vez bastante con la razon del derecho antiguo y quizás tampoco con la de nuevo, si el fideicomisario omitiere hacer inventario, en cuyo caso queda obligado aun á mas de aquello á que asciende la herencia; no obstante parece conforme con el derecho nuevo cuando el fideicomisario hizo inventario segun el modo prescrito por Justiniano, ó el heredero le cedió el que tenia hecho, cualquiera de cuyas dos cosas le basta para eximirle de las deudas en todo lo que excede de la herencia, segun lo que dice Bartolo en la *l.* 11. §. 5 *ad leg. Fal. n.* 9 *y* 10. No obstante Bacovio piensa que aunque el mismo fideicomisario sea insolvente no puede el heredero ser reconvenido por los acreedores subsidiariamente, por cuanto tienen los mismos á la mano otro remedio; esto es, que si creen que el heredero no es solvente, pueden pedir la separacion de bienes.

Et secum deliberare debet). Con mayor prudencia, empero, obrará si no hiciese uso del derecho de deliberar sino del nuevo beneficio de inventario concedido por Justiniano á todos los que tienen facultad de adir ó aceptar la herencia §. 5. *sup. de hæred. qual.*

Si duabus pluribusve). *L.* 27. §. 14 *h. tit.* Puesto que la diferencia no proviene de la pluralidad de las cosas dejadas, sino del modo con que se dejan, atendiéndose siempre á si la parte que se concede al heredero es en la herencia ó derecho universal, ó bien en las cosas singulares hereditarias. Minsingero confunde malamente la cosa con la parte hereditaria.

Sed etsi certa summa). Aquí pertenece la *l.* 1. §. 17 *eod.* cuyo lugar aducen malamente los DD. con otro objeto, á saber, para probar que retenida la cuarta parte de la herencia, las acciones de los legatarios se transfieren por entero al fideicomisario, aunque me parece verdadera esta proposicion.

Ad eum qui ex parte). Supóngase que uno que tenia cuatrocientos instituyó dos herederos, cada uno de ellos en el semise, y que rogó al uno que deducido un fundo de valor de ciento ó bien que deducidos ciento, restituyese su parte á Lucio Ticio. Este, recibida la herencia, cargará él solo con la mitad de las acciones, siendo así que cuando el heredero de la mitad ha sido rogado que, retenida la cuarta parte, ó sea el cuadrante de su porcion, restituya lo restante y lo verifica, queda obligado en el sextante.

TEXTO

De fideicommisso hæredis ab intestato.

10. Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: cum alioquin legata nisi ex testamento non valeant.

TRADUCCION.

Del fideicomiso del heredero ab intestato.

Además, tambien aquel que ha de morir intestado puede rogar á aquel á quien cree que por derecho legítimo ó honorario pertenecerán sus bienes que restituya á alguno toda su herencia ó parte de ella ó bien alguna cosa, por ejemplo, un fundo, un hombre, una cantidad (a); *siendo así que de otro modo no valen los legados, sino dejados en testamento*

NOTAS.

10. *Intestatus moriturus*). Podria sobre esto dudarse porque ni los herederos legítimos, ni los honorarios reciben nada del difunto, sino que á aquellos los llama la ley y á estos el pretor. A aquellos, empero, que nada reciben del difunto no puede gravárseles con fideicomisos, *l.* 9. *C. de fid.* Mas á esto responde Paulo *l.* 8. §. 4 *de jur. cod.* y Ulp. en la *l.* 1 §. 6 *de legat.* 3. diciendo que á estos se les deja tácitamente la herencia por el difunto al no excluirlos instituyendo otros, como tenia derecho de hacerlo.

COMENTARIO.

1. *Razon porque puede tambien gravarse con fide*...

(a) L. 3. tit. 9. P. 6.

misos á los herederos legítimos y honorarios.

2. *Si el fideicomiso con que se ha gravado al heredero legítimo se debe en caso de entrar á suceder el segundo en grado por haber repudiado el agnado que lo era de primero?*

Asi los fideicomisos hereditarios como los singulares pueden dejarse no solo en testamento, sino tambien en codicilos (a). En el §. 2 *de este tit.* manifestamos los requisitos que debe observar aquel que quiere dejar el fideicomiso hereditario en testamento, á saber; que instituya en este directamente heredero; y que lo deje por su medio. Puede tambien dejarse en codicilos por medio del heredero testamentario, *l.* 5. §. 2. *l.* 8 *in pr. eod.* Ulp. *tit.* 25. §. 9; pero puede tambien dejarse por medio de aquel que ha de suceder al intestato, ya sea este sucesor legítimo, ya honorario, *d. l.* 5. *pr. d. l.* 8. §. 1. Así pues, aunque el senado-consulto tan solo habla del heredero instituido, *l.* 1. §. 2. *h. tit.* por interpretacion se ha hecho tambien estensivo al legítimo y honorario, *d. l.* 1. §. 5 *y* §. 7, *d. l.* 6. §. 1. *eod.*

1. *Intestatus moriturus*). Podia suscitarse alguna duda sobre si puede gravarse con un fideicomiso á un sucesor legítimo ú honorario, pues á aquel que nada recibe del difunto no puede imponérsele fideicomiso ninguno, *l.* 9 *C. de fid.* Los herederos legítimos ú honorarios, empero, nada reciben del difunto, sino que á aquellos les llama la ley de las doce tablas á la herencia, y á estos el pretor á la posesion de bienes, mas esta duda puede desvanecerse fácilmente. En efecto, aunque en caso de no quitárseles la herencia son los herederos legítimos llamados por la ley y los honorarios por el pretor, no obstante, habiendo el difunto podido escluirlos haciendo testamento é instituyendo otros herederos (quedando siempre salva la porcion debida á los descendientes y ascendientes) con este mismo hecho parece haberles dejado tácitamente la herencia, pues pudiendo hacerlo no se la quitó. Y esto es lo que da á entender el jurisconsulto en la *l.* 1. §. 6. *de legat.* 3. al decir que pueden dejarse fideicomisos á aquellos que han de adquirir alguna cosa ya sea dándoseles, ya sea no quitándoseles, sobre lo cual Paulo en la *l.* 8. §. 1. *de jur. cod.* dice elegantemente: *Así pues, pueden darse fideicomisos á los sucesores ab intestato porque se cree que el padre de familias les deja espontáneamente la herencia legítima.* De aquí se deduce tambien que nadie puede gravar con un fideicomiso al heredero ab intestato sino aquel que puede hacer testamento, *l.* 3. *in pr. de jur. cod.* Ulp. *d. tit.* §. 5., y no hay duda ninguna de que aquellos que no pueden hacer testamento tampoco pueden hacer codicilos, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.* (b).

2. Pregúntase aquí, si muriendo uno intestado y gravando con un fideicomiso á aquel que pudo sucederle en primer grado, en caso que este repudiase y pasase la sucesion al grado siguiente se debe el fideicomiso. Niégalo Ulp. en *d. l.* 1. §. *pen. de legat.* 3., aunque parece afirmarlo en la *l.* 61. §. 1. *de legat.* 2., como tambien Juliano en la *l.* 3. *de jur. cod.* Los DD. vulgarmente, en union con Acursio y Bartolo *d. d. l. l.* responden que debe distinguirse entre si han sido gravados simplemente los herederos que han de suceder al intestado, ó expresamente alguno; diciendo que en aquel caso el fideicomiso se debe por cualquiera sucesor; mas no en este, á no ser por el coheredero del gravado que repudia su porcion, pues que este es semejante al sustituto por lo que hace á la porcion que le acrece, *arg. d. l.* 3. *de jur. cod. l.* 29. §. 1. *de legat.* 2.: véase á Bartolo en la *l.* 77. §. 29. *de legat.* 2., cuya distincion es razonable. Antonio Fabro *conj.* 13. pretende que es vicioso el modo como se lee *d.* §. *pen.* de la *l.* 1. *de legat.* 3. y que debe leerse sin la negacion *fideicommissum deberé*: mas yo no apruebo tan peligroso atrevimiento.

Legata nisi ex testamento). Antiguamente los legados solo podian dejarse en testamento ó en codicilos confirmados: á causa, segun creo, que se dejaban con palabras civiles é imperativas, á modo de ley, Ulp. *tit.* 24. *l.* 58. *de cond. et dem.*; las cuales solo tenian lugar en el testamento. De ahí es que se define el legado una donacion dejada en el testamento, *l.* 36. *de legat.* 2.; es decir, que no pareció conforme á razon el mandar imperativamente alguna cosa á aquel á quien no hace heredero el difunto sino la ley. Con todo, es probable que los legados dados en codicilos ab intestato tuvieron en su favor la interpretacion de muchos, y que se admitió benignamente que tuviesen fuerza como fideicomisos, *arg. l.* 76. *h. tit.*; mas actualmente desde que por la constitucion de Justiniano se confundió la naturaleza de los legados y fideicomisos, *l.* 2. *C. comm. de legat*, diremos que tambien está derogada esta diferencia, y que valen directamente los legados dejados ab intestato, contra lo que piensan Juan Fabro, Angelo y Gifanio (c).

(a) L. 3. tit. 9. P. 6. al pr.

(b) L. 1. tit. 12. P. 6.
(c) L. 3. tit. 9. P. 6.

TEXTO.

De fideicommisso relicto à fideicommissario.

11. Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii, aut totum, aut partem vel etiam aliquid aliud restituat.

TRADUCCION.

Del fideicomiso dejado por medio del fideicomisario.

Tambien puede rogarse á aquel á quien se restituye alguna cosa que la restituya de nuevo á otro en el todo ó en parte, ó bien otra diferente (a).

COMENTARIO.

No solo puede rogarse al heredero que restituya la herencia ó parte de ella, sino tambien al fideicomisario que restituya de nuevo á otro el todo ó parte de aquello que recibió; y en esta restitucion se transfieren por el senado-consulto las acciones al fideicomisario, segun la *l.* 1. §. 8. *h. tit.* pudiendo obligarse al fideicomisario que recibió toda la herencia que se declaraba sospechosa á restituirla toda, *l.* 55. §. 2. *eod.* Mas únicamente el heredero tiene el beneficio de la Falcidia; esto es, de retener la cuarta *l.* 47. §. 1. *ad leg. Fal.*; pues una vez adida la herencia es válida toda la voluntad del difunto, *d. l.* 55. §. 2. Por consiguiente, los demás quedan obligados al fideicomiso en cuanto han aceptado y se les ha rogado que restituyan, *l.* 78. §. 11. *h. tit.* del mismo modo que los legatarios por medio de quienes se ha dejado un fideicomiso, *l.* 32. §. 4. *ad leg. Tal.* Sin embargo, si el heredero con el objeto de hacer una donacion al primer fideicomisario no ha hecho uso de su derecho podrá el segundo deducir la cuarta, segun se responde en la *l.* 1. §. 19. *h. tit.*

TEXTO.

De probatione fideicommissi.

Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide hæredum pendent, et tam nomen, quàm substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper et nos eumdem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem, vel speciale fideicommissum restituat; et neque ex scriptura, neque ex quinque testium número, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari; sed vel pauciores, vel nemo penitus testis intervenerit, tunc sive pater hæredis, sive alius qui eumque sit, qui fidem hæredis elegerit, et ab eo restitui aliquid voluerit; si hæres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit; necesse eum habere vel jusjurandum subire, quod nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis vel specialis solutionem coerceri; ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Eadem observari censuimus, etsi à legatario, vel fideicommissario, aliquid similiter relictum sit. Quod si is, à quo relictum dicitur, (postquam negaverit) confiteatur quidem, aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.

TRADUCCION.

De la prueba del fideicomiso.

Y como el primer fundamento de los fideicomisos proviene de la fidelidad de los herederos y recibieron de ella el nombre y la esencia, por esta razon el Emperador Augusto los hizo obligatorios. Poco ha, queriendo nosotros superar á dicho Príncipe, por lo que nos sugirió Triboniano, varon excelentísimo, cuestor del sacro Palacio, hicimos una constitucion, por la que dispusimos que si el testador encargó á la fé de su heredero, ó que restituya la herencia ó bien un fideicomiso especial, y no puede esto probarse ni por escritura ni por el número de cinco testigos, que es sabido ser el legítimo en los fideicomisos, sino que hubieren intervenido menos ó bien ninguno; entonces, ya sea el padre del heredero, ya cualquier otro quien haya hecho confianza de él, y haya querido que restituya, si el heredero por su perfidia rehusare cumplir lo que se le ha encargado, negando que haya esto tenido lugar, y el fideicomisario le defiriere el juramento, con tal que él jure antes de calumnia, tendrá necesidad de jurar que no oyó al testador semejante cosa; ó si lo rehusare será obligado á la solucion del fideicomiso universal ó especial, para que no quede sin cumplirse la última voluntad del testador encargada á la fidelidad del heredero (b). Lo mismo dispusimos que se observase si se dejaba una cosa de un modo semejante por medio de un legatario ó fideicomisario. Y si aquel por medio de quien se dice haberse dejado, (despues de haberlo negado) confesare que efectivamente se ha dejado algo por su medio, pero recurriere á la sutileza de la ley, debe absolutamente ser obligado á pagar.

COMENTARIO.

1. *Cuando tiene lugar la disposicion de este §.?*
2. *No se muda aquí lo dispuesto en la* l. ul. §. ul. C. de cod. *ni en la* l. 23. C. de fid.
3. *El heredero no puede en el caso propuesto referir el juramento.*
4. *Obsérvase un error al fin del texto.*

Vimos mas arriba que el origen, nombre y esencia de los fideicomisos venian de la fé de los herederos. De aqui toma pié Justinia-

(a) L. 3. vers. á qua.

(b) L. 28. tit. 11. P. 3. vers. *Mas el.*

no para favorecer extraordinariamente los fideicomisos, de modo que así como en un principio dependian de la sola fé de los herederos, asi tambien actualmente se apoyan en la sola conciencia de los mismos si se ha encargado algo á su fidelidad, sin que exijan la prueba ordinaria. Estableció esto Justiniano en la *l. ult. de fideicomm.*

1. *Neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero*). Cuando el testador, prescindiendo de toda otra prueba por escrito ó de testigos, encarga á la sola fé del heredero que ejecute alguna cosa, quiso Justiniano que el heredero deba cumplir el fideicomiso, aunque niegue que se le ha impuesto ninguno, y rehuse prestar el juramento que sobre esto se le defiriere, ó bien confesare espontáneamente que se le ha impuesto, pero dijere que no está tenido á prestarlo, porque no ha sido dejado solemnemente, *d. l. ult.* Lo primero está expreso en las palabras de la constitucion; lo segundo se deduce de aquello. ¿Por qué razon, pues, se obliga á cumplir el fideicomiso al heredero que rehusa prestar el juramento? No por otra sino porque semejante denegacion encierra una confesion tácita, *l.* 38. *de jure jur.* Por consiguiente, mucho mas debe obligársele á prestar el fideicomiso cuando mediare su confesion expresa. Como, empero, en el primer caso podria aparecer que haya alguna injusticia y en entrambos que se establece un derecho nuevo y contrario al establecido acerca del número de testigos que deben concurrir en las últimas voluntades, por esta razon puso su constitucion á cubierto de las objeciones tácitas que hay contra ella.

2. En efecto, si tal vez objetare alguno que es una cosa injusta el exigir, sin prueba ninguna, del heredero un fideicomiso, responde que no hay en esto injusticia ninguna; puesto que defiriéndose el juramento al heredero, se le constituye juez en su propia causa, de modo que está en su arbitrio el no ser obligado, jurando que ignora que se haya dejado ningun fideicomiso. Si alguno dijere que en toda última voluntad se requieren á lo menos cinco testigos, *l. ult.* §. *ult. C. de cod.* responde que esto es justo cuando la cosa ha de probarse por medio de testigos, para que no se admita alguna falsedad, la cual no es temible en el caso propuesto, por cuanto se exige el testimonio del mismo heredero deudor. Así pues, lo que se dice en la *l.* 23. *C. de fideicomm.* y otras semejantes de que en virtud de una escritura imperfecta nada se debe, subsiste tambien actualmente, y á no ser que la verdad de la escritura que el testador quiso que se observase conste por medio de un número legítimo de testigos no podrá exigirse el fideicomiso. Véase á Mantica *de conj. ult. volun. lib.* 2. *tit.* 13. *n.* 3. La razon porque introdujo Justiniano este derecho la da al fin de su constitucion.

Qui in fideicommissis legitimus). Teodosio fué el primero que dispuso esto, *d. l. ult.* §. *ult. C. de codicil.*; pues no estando antes prefijado el número de testigos que debia haber en los codicilos, pienso que bastarian dos que fuesen idóneos, *arg. l.* 2. *de test.*, sobre lo que nos extenderemos mas en el §. *ult. inf. de eod.* Queda aun pues subsistente el derecho establecido en dicha *l. ult.* §. *ult. C. de cod.* segun de este lugar se deduce; pues lo que aquí y en *d. l. ult. C. de fideicomm.* dispone Justiniano solo tiene lugar cuando el difunto encargó lo que quiso que se hiciese al heredero que estaba presente, fuera del testamento ó codicilo.

Cum priùs ipse de calumnia juraverit). Esto es, que defiere el juramento, no con la intencion de calumniar ó vejar al heredero, ni de turbar su conciencia, sino porque está bien persuadido de que la cosa es así; cuyo juramento, aunque ha dejado de estar en uso, debe prestarse si se exigiere en toda delacion del juramento judicial, segun la *l.* 34. §. *de jure jur.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 8.

3. *Vel jusjurandum subire*). Deferido el juramento judicialmente es regularmente obligado el reo á jurar, á referir ó á pagar, *l.* 9. *C. de reb. cred.*, pues se cree una especie de confesion manifiesta el no querer jurar ó el referir el juramento, *l.* 38. *de jure jur.*; mas en el caso propuesto no puede el heredero referir, puesto que no se trata aquí de una cosa que puedan saber entrambos, sino de una que tan solo sabe el heredero y que el actor ignora; en cuyo caso no puede el juramento referirse, *l.* 11. *y sig. rer. amot. l.* 34. *in pr. de jure jur.*, y así piensan tambien Minsingero, Schneid. y Wesembecio *aquí*, siendo muy estraño que los antiguos intérpretes estuviesen discordes en una cosa tan clara.

4. *Postquam legaverit*). Estas palabras no se hallan en la misma constitucion de Justiniano, y segun Cuyacio, Hotomano, Concio y Fabroto, faltan en los antiguos códigos, ni Teófilo tampoco las reconoce. Juan Fabro refiere tambien haber visto algunos códigos de Bolonia en los que no estaban, por lo que, puede presumirse que fueron introducidas furtivamente. Si, empero, se retienen no deben entenderse como que en el caso propuesto el heredero solo esté obligado á prestar el fideicomiso, si antes lo hubiere negado y en el acto del juramento rehusare jurar; sino

que se pusieron porque solo se expresó este caso. Por lo demás, en general cualquiera que confesare el fideicomiso estará obligado á prestarlo; pues no se establece nada aquí por via de pena, de suerte que se castigue la negativa del heredero, en lo que se equivocan comunmente los DD.; sino solo con el objeto de hacer cumplir la voluntad del testador, segun se dice expresamente al fin de *d. l. ult.* y piensan Juan Fabro y Jason en *d. l. ult.*

«En España conocemos una especie de «sustituciones fideicomisarias llamadas entre «nosotros mayorazgos, las que no son mas «que unas instituciones por las cuales se pro«hibe la enagenacion de ciertos bienes, li«gándose la posesion de estos á una série de «determinados sucesores. En esta dificilísima «é intrincada materia debe examinarse: 1.° «El modo como se fundan los mayorazgos; «2.° las diversas especies de estos, y 3.° las «reglas porque se rigen.»

«Los mayorazgos se fundan en las últimas «disposiciones, y aunque puedan tambien «fundarse por contrato entre vivos, siempre «participará este de la naturaleza de aquellas «en cuanto es de una esencia el disponer de «los bienes para despues de la muerte del «que hace la disposicion. Antes no se necesi«taba licencia ninguna para fundar un mayo«razgo; pero la *Real cédula de 14 de mayo* «*de* 1789 prescribió que de allí en adelante «fuese precisa la licencia del Rey concedida «á consulta de la Real cámara, cuya licen«cia no puede obtenerse á no ser que los «bienes que traten de amayorazgarse ascien«dan á 3000 ducados de renta, y además «otros requisitos que se enumeran en la Cé«dula citada. Por otra *Real cédula de* 24 «*agosto de* 1795 se mandó que las vincula«ciones anteriores á la prohibicion del año «1789 estuviesen sujetas al pago de un 15 «por 100 para la Real caja de Amortizacion, «lo propio que las posteriores á dicho año. «Finalmente, en 1830 se dispuso que cada «nuevo poseedor haya de satisfacer la prime«ra anualidad para la extincion de la deuda «del Estado. Por último el *decreto de las* «*Córtes de* 27 *de setiembre de* 1820, publi«cado como ley en las mismas en 11 de oc«tubre del mismo año, y restablecido en 30 «de agosto de 1836, del cual hablaremos «con mayor extension dentro de poco, dis«puso en su *art.* 14. que para de allí en ade«lante quedase prohibida toda especie de «fundacion de mayorazgos y cualquier otra «clase de vinculaciones.»

«Los mayorazgos son regulares ó irregu«lares: los primeros son aquellos en que se «establece un órden de suceder igual al que «se fijaba en la *ley* 2.ª *tit.* 15. *P.* 2. para la «sucesion de la corona de España; los que «en algun punto se diferencian de dicho ór«den son irregulares. De estos los hay de va«rias especies, pudiendo los fundadores poner «cualesquiera condiciones siendo posibles y «honestas, pues de lo contrario á nadie obliga«rian, considerándose por no puestas. Así «que, pueden ser infinitas las irregularidades; «pero las mas usadas y conocidas son las que «constituyen los mayorazgos de rigorosa ag«nacion, de masculinidad, de femineidad, «de segundogenitura, alternativos, saltuarios, «electivos é incompatibles. Los de rigorosa «agnacion son aquellos á que son llamados «únicamente los varones que descienden del «fundador de varon en varon sin mediar hem«bra alguna. Mayorazgo de masculinidad es «aquel á cuya sucesion son llamados única«mente los varones, sin diferencia entre «los que descienden de varon ó de hembra. «Respecto de este mayorazgo y del anterior, «se dispone por la *ley* 8. *tit.* 17. *lib.* 10. *de* «*Nov. Rec.* que las hembras deban ser ad«mitidas á la sucesion de los mayorazgos «fundados desde 15 de abril de 1614, sino «fuese en el caso en que el testador man«dase clara y expresamente que no sucedan; «no bastando para presumir esto argumen«tos ni conjeturas por claros y precisos que «sean. El de femineidad es aquel á cuya su«cesion son llamadas las hembras, ó exclusi«vamente ó con preferencia á los varones. «Subdivídese en mayorazgo de contraria ag«nacion y de contraria masculinidad. El de «segundogenitura es aquel á cuya sucesion «son llamados los hijos segundos por órden «sucesivo. Alternativo es aquel á cuya suce«sion son llamados los parientes de diversas «líneas, de manera que á cada vacante se «suceden por su órden los llamados. El sal«tuario es aquel á cuya sucesion es llamado «el pariente del fundador que al tiempo de «la vacante es de mas edad. El electivo es «aquel en que los poseedores tienen facultad «de elegir su sucesor entre sus hijos ó pa«rientes. Son incompatibles aquellos que no «pueden estar juntamente con otro en una «misma persona. Esta incompatibilidad pue«de ser por la ley ó por el hombre, expresa «ó tácita, personal ó real, y para adquirir ó «para retener.»

«Pasemos ya á manifestar las reglas que «tienen lugar en esta materia. 1.ª Todos los «mayorazgos en caso de duda se reputan re«gulares en cuanto al modo de suceder. 2.ª «Los mayorazgos son indivisibles, excepto en «el rarísimo caso de nacer de un mismo par-

« to dos varones ó dos hembras sin que pueda « averiguarse cual nació primero, pues en- « tonces se dividirian por mitad. *L.* 12. *tit.* « 33. *P.* 7. 3.ª Los mayorazgos son inenage- « nables escepto en caso de utilidad pública « y de la del mismo mayorazgo, y entonces se « necesita informacion de utilidad y consen- « timiento del inmediato sucesor. 4.ª Son por « su naturaleza perpétuos, á no ser que otra « cosa se hubiere dispuesto por el fundador. « 5.ª Así en los regulares como en los irre- « gulares, escepto en aquello en que consiste « la irregularidad, debe atenderse: 1.° á la li- « nea; 2.° al grado; 3.° al sexo y 4.° á la ma- « yor edad; de modo que la línea del último « poseedor excluye á las demás; en la misma « linea los parientes mas próximos á los mas « remotos; en igualdad de grado los varones « á las hembras, y entre varios de un mis- « mo sexo los de mayor edad á los de menos. « 6.ª Acabada la línea del primogénito, se « pasa á la del segundogénito, y así sucesiva- « mente, siendo preferidos los que estan en la « linea recta del fundador. 7.ª El hijo le- « gitimado por subsiguiente matrimonio se « entiende llamado á la sucesion desde que « sus padres lo contrajeron. 8.ª Los legitima- « dos por rescripto del príncipe son excluidos « del mayorazgo por todos los parientes del « fundador, *l.* 7. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.*: « los adoptados lo son absolutamente. 9.ª El « derecho de representacion tiene lugar así « para los descendientes, como á favor de los « colaterales, *LL.* 5 y 9. *tit.* 17. *lib.* 10. *Nov.* « *Rec.* 10. La proximidad de parentesco por « cuya razon se sucede á los mayorazgos se « ha de considerar respecto del último po- « seedor y no del fundador. 11. En los ma- « yorazgos no se sucede al último poseedor « por derecho hereditario, sino de sangre. Por « esta razon el sucesor no responde de las « deudas contraidas ni de las cargas impues- « tas por otro que no sea el fundador, y por « la misma no pierde el derecho de suceder « al mayorazgo el inmediato sucesor aun cuan- « do sea desheredado por el poseedor actual. « 12. Muerto el poseedor del mayorazgo la « posesion civil y natural de todos los bienes « pertenecientes á él, pasa por ministerio de « la ley á su sucesor sin acto ninguno de « aprehension, y aun cuando otro en vida « del último poseedor haya tomado posesion « de ellos *L.* 1. *tit.* 24. *lib.* 11. *N. R.* Seme- « jante posesion se llama en el derecho civi- « lísima. 13. Todas las cercas, fortalezas y « edificios que se hicieren ó repararen en los « bienes del mayorazgo ceden en favor del « mismo, entrando en disfrute de ellas el su- « cesor, sin obligacion de satisfacer cosa al- « guna, *L.* 6. *tit.* 24. *lib.* 11. *N. R.* 14. El « mayorazgo puede probarse por escritura « de su fundacion, con la licencia del Rey « que la dió por testigos, y por costumbre in- « memorial. 15. El poseedor del mayorazgo « no puede ser privado de él sino por delito « de lesa majestad, ingratitud muy grande « hácia el fundador, ó por disipar los bienes « del mayorazgo, en cuyo caso el inmediato « sucesor tiene derecho á privarle de la ad- « ministracion. 16. Todas las reglas referi- « das ceden á la general de la voluntad « del fundador, quien, segun ya hemos « dicho, puede imponer las condiciones « que quisiere, con tal que no sean opuestas « á la moral pública, buenas costumbres y « derecho.»

« La legislacion española, empero, ha su- « frido en esta materia un cambio completo. « El decreto de Córtes antes citado suprimió « todos los mayorazgos, fideicomisos, patro- « natos, y vinculaciones, de bienes raices, « muebles, semovientes, censos, juros, foros « ó de cualquiera otra naturaleza, restituyén- « dolos á la clase de absolutamente libres. Sin « embargo, los que en aquella fecha eran po- « seedores de los mayorazgos ó vinculaciones « suprimidas solo pudieron disponer libre- « mente como propios de la mitad de los bie- « nes vinculados, debiendo la otra mitad pa- « sar despues de la muerte de aquellos á sus « inmediatos sucesores, quienes podrán dispo- « ner de ella libremente como dueños. Aque- « llos poseedores que no tuvieren sucesor le- « gítimo podrán disponer libremente del total « de los bienes vinculados prévia una infor- « macion de testigos que aseguren quedar por « muerte del poseedor reducidos á la clase de « mostrencos, cuya informacion deberá ha- « cerse con las solemnidades prescritas en la « aclaracion hecha por las Córtes á la citada « ley, en 15 de mayo 1821, restablecida por real « decreto de 30 de agosto de 1836. Respecto « de los fideicomisos familiares cuyas rentas « se distribuyen entre los parientes del fun- « dador, aunque sean de diferentes líneas, se « hará desde luego la tasacion y repartimien- « to de los bienes del fideicomiso entre los ac- « tuales perceptores de las rentas, á propor- « cion de lo que cada uno perciba y con in- « tervencion de todos ellos, pudiendo cada « cual en la parte que le toque disponer li- « bremente de la mitad, y reservando la otra « para el inmediato sucesor.»

« En las vinculaciones electivas si la elec- « cion es enteramente libre pueden los posee- « dores que lo eran en aquella fecha disponer « desde luego de todos los bienes; pero en « caso contrario solo podrán hacerlo de la

« mitad, reservando la otra para el sucesor « que sea elegido. »

« Nada de lo dispuesto en dicha ley, em« pero, tiene lugar respecto de los bienes « hasta ahora vinculados, acerca de los que « pendiesen en aquel entonces juicios de in« corporacion ó reversion á la nacion, tenu« ta, administracion, posesion, propiedad, in« compatibilidad, incapacidad de poseer, « nulidad de la fundacion ó cualquiera otro « que ponga en duda el derecho de los po« seedores, quienes no podrán disponer de los « bienes hasta que en última instancia se de« terminen á su favor en propiedad los jui« cios pendientes. »

« No obstante todo lo dicho, los títulos, « prerogativas de honor y cualesquiera otras « preeminencias de esta clase que los posee« dores de las vinculaciones disfrutaban co« mo anejas á ellas, subsistirán en el mismo « pié, siguiéndose el órden de sucesion pres« crito en las concesiones, ó escrituras de « fundacion; mas aquellos poseedores que « disfrutando dos ó mas Grandezas de Es« paña ó Títulos de Castilla, tuviesen mas de « un hijo, podrán distribuir entre estos las « expresadas dignidades, reservando la prin« cipal para el sucesor inmediato. »

« Por último, segun ya antes hemos ad« vertido se prohibe para lo sucesivo, aunque « sea por via de mejora ni por otro título ó « pretesto, fundar mayorazgo, fideicomiso, « patronato, capellanía, obra pia ni vincu« lacion alguna sobre ninguna clase de bie« nes ó derechos, ni prohibir directa ni in« directamente su enagenacion. Tampoco po« drá nadie vincular acciones sobre bancos « ú otros fondos estranjeros. Véase la citada « ley de desvinculaciones. »

« Varias son las cuestiones á que ha dado « lugar esta ley desde su promulgacion, cues« tiones que no tocaremos por no ser dema« siado difusos. Pero no podemos menos de « dilucidar una que es de las mas importantes « por su interés y transcendencia. ¿Los su« cesores á los bienes vinculados tienen al« guna accion contra aquellos que de buena « ó mala fé poseian aquellos bienes al tiem« po de la publicacion de la ley referida? « Antes de extinguirse los mayorazgos habia « una accion que nacia del vínculo, accion « que nunca prescribia; pero extinguidas las « vinculaciones ¿no deberán tambien quedar« lo las acciones de las mismas procedentes? « Así raciocinan los que opinan que no que« da á los dichos sucesores accion ninguna « para reclamar su derecho, y no con poca « solidez á la verdad. Sin embargo, no pode« mos de ninguna manera conformarnos con « su modo de pensar. En efecto, la citada « ley establece derechos en favor de los in« mediatos sucesores á los bienes vinculados; « basta leer su contexto para convencerse de « ello: ahora bien; ¿no serian ilusorios estos « derechos y ridículo el haberlos constituido, « si no hubiera accion alguna para hacerlos « efectivos? Dígase enhorabuena que la ac« cion nacida del vínculo se ha extinguido; « convenimos en ello; pero convéngase tam« bien en que hay otra accion nacida de la « misma ley, en virtud de la que pueden los « sucesores á los bienes vinculados hacer la « reclamacion de estos. Añádase á esta razon, « por sí sola á nuestro modo de entender « bastante poderosa, la otra de que si así « no fuese la ley referida habria concedido « un premio á los poseedores de mala fé en « cuanto por ella quedarian tranquilamente « asegurados en su posesion. »

« Otra cuestion es sobre si deberá desde « dicha ley entenderse prohibida toda susti« cion fideicomisaria. Si atendemos á sus pa« labras terminantes y á su fiel espíritu, no « vacilamos en decir que sí, pues de este « modo se favorece mas la circulacion de las « propiedades. Sin embargo, es tan dificil « en ciertos casos distinguir si la sustitucion « ordenada por el disponente es vulgar ó fi« deicomisaria, que arriesgadamente podrá « decidirse esta cuestion terminantemente. »

« Tambien en Cataluña conociamos las « sustituciones fideicomisarias indefinidas, á « las que se daba el nombre de *vincles*. Dife« renciábanse bastante de los mayorazgos de « Castilla: en primer lugar se permitia su « enagenacion con mayor facilidad; así es « que podian venderse por causa de dote, de « rendencion del cautiverio del poseedor, y « por otras. Además, las mejoras hechas en « los bienes vinculados no cedian en favor de « estos como sucedia en Castilla. Otros pun« tos de diversidad habia; mas no nos de« tendremos en ellos en atencion á que cesa « hoy dia su aplicacion, habiéndose reducido « igualmente a la clase de bienes libres por « la citada ley. »

TÍTULO VIGÉSIMO CUARTO.

De las cosas singulares dejadas en fideicomiso (a).

Continuacion y argumento del título.

Hasta aquí se ha hablado de los fideicomisos universales, á saber, de aquellos por medio de los que se deja la herencia ó parte de ella, los cuales se diferencian mucho de los legados. Síguense ahora los fideicomisos especiales, por medio de los cuales se dejan las cosas singulares; la naturaleza y efecto de los cuales son iguales á los de los legados por la constitucion de Justiniano; pues la equiparacion de los legados y fideicomisos de que se habla en el §. 3. *sup. de legat.* y en la *l.* 2. *C. comm. de legat.* pertenece tan solo á los fideicomisos particulares, segun manifestamos en la explicacion de *d.* §. 3 y al *pr. del tit. prec.* Aquí manifiesta el Emperador por medio de quienes pueden dejarse los fideicomisos de cosas singulares; luego qué cosas pueden dejarse, y finalmente, en general, con qué palabras pueden principalmente dejarse los fideicomisos.

TEXTO.

Summa.

Potest quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, vestem et pecuniam numeratam, et vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis á legatario legari non potest.

TRADUCCION.

Resumen

Puede tambien uno dejar en fideicomiso las cosas singulares como un fundo, plata, un hombre, un vestido ó dinero contado, y rogar que lo restituya á otro ó al mismo heredero, ó bien al legatario (b), aunque por medio de este no pueda legarse.

NOTAS.

Vel legatarium). Algunas veces se constituye tambien un fideicomiso por contrato: de ello tenemos un ejemplo en la *l.* 26. *pr. de poss.* y en la *l.* 77. *de legat.* 1.

A legatario legari non possit). Tambien debe esto referirse al derecho antiguo, Ulp. *tit.* 24. §. 19. Cayo, *lib.* 2. *tit.* 7.; pues actualmente está derogada esta diferencia; valiendo como fideicomiso lo que se hubiere legado por medio del legatario, *arg.* l. 2. *C. comm. de legat.*

(a) Tit. 12. P. 6.
(b) L. 3. tit. 9. P. 6.

COMENTARIO.

1. *Porqué antiguamente no pudo legarse por medio del legatario, y si puede esto hacerse actualmente?*

Fundum, argentum, hominem, vestem). Estas palabras son generales; pero aquí se toman especialmente, entendiéndose por ellas una cierta especie de dicho género, *l.* 37 *de legat.* 1. Por lo demás, aunque alguno deje en fideicomiso todos sus fundos, toda su plata ó todos sus vestidos, no por ello dejará de ser especial este fideicomiso y semejante al legado.

Vel legatarium). Pueden dejarse en fideicomiso las cosas singulares no solo por medio del heredero, sino tambien del legatario, é igualmente por medio del heredero ó del legatario, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Lo mismo se observa respecto del fideicomisario, aun del singular, §. 1. *h. tit. l.* 9. *C. de fideic.* y del donatario por causa de muerte, *l.* 77. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 8. §. 2. *de trans.*

1. *A legatario legari non possit*). Ulp. *tit.* 24. §. 19. y Cayo, *lib.* 2. *tit.* 7. §. 3. nos enseñan tambien que no puede legarse por medio del legatario, aunque puedan dejarse fideicomisos por medio del mismo. La razon de esta diferencia parece ser que los legados se dejan con palabras civiles é imperativas, de las cuales únicamente podemos servirnos respecto de aquel que queremos que sea el sucesor de todo el derecho, y que entre en nuestro lugar. Justiniano, empero, se expresa como que aun se observase esta

diferencia, de cuya opinion es tambien Gifanio, fundándose en que esta diferencia es natural, por cuanto no puede darse fórmula ninguna para legar por medio del legatario. Yo, empero, no me aparto de la comun y recibida opinion de los intérpretes que piensan que tambien esta diferencia, en union con los otros, ha sido actualmente derogada, y que los legados pueden no menos que los fideicomiscs dejarse por medio del legatario, por la *l.* 2. *C. comm. de legat.* A la verdad, concedo que cuando se lega por medio del legatario no puede tener lugar cualquier fórmula, pero niego lo que dice Gifanio de que no puede darse ninguna. Es sabido que al heredero solo puede legársele por precepcion por medio de sus coherederos, y no sé ver tampoco como pueda legarse por vindicacion por medio del legatario, pues si el testador despues de haber legado de este modo: *doy, lego el fundo Tusculano á Ticio,* legase el mismo fundo á Seyo con esta fórmula: *Doy, lego el mismo fundo Tusculano á Seyo*; ó de esta suerte: *Seyo tenga para sí el fundo Tusculano*; ó será una conjuncion, ó bien una privacion del legado. Pero puede aquí hacerse uso de la fórmula de damnacion de este modo: *Ticio esté obligado á dar á Seyo la mitad del fundo que te legué*, ó bien, *mando á Ticio legatario mio, que dé ciento á Seyo.* En efecto, ya antiguamente habia una grande afinidad entre los legados por damnacion y los fideicomisos, siendo comunes á entrambas especies algunas palabras, como *mando, quiero, ordeno, condeno:* Véase mas abajo en el §. *ult.* Tambien puede defenderse que puede legarse por medio del legatario á modo de permiso, por ejemplo, si el testador dijere: *L. Ticio legatario mio esté obligado á permitir á Cayo Seyo que tome para sí una parte del fundo que le legué.* No obsta lo que Justiniano dice simplemente de que no puede legarse por medio del legatario; pues que tambien en el §. 10. *del tit. prec.* dijo simplemente que los legados no valian sino cuando se habian dejado en testamento; puesto que todos los §§. en los que hace mencion de las diferencias que hay entre los legados y los fideicomisos, quiso que fuesen corregidos por su constitucion; á pesar de que trate de ellos separadamente, segun ya antes, en el §. 3. *sup. de legat.* manifestó que lo haria con el objeto de que la confusion y semejanza nuevamente introducidas, fuesen mas claras y fáciles. VINN. No parece poder dudarse que actualmente pueda legarse por medio del legatario; pero dificilmente creeré que se... derecho antiguo tuviese lugar el legado de damnacion. Esta fórmula, *damnes esto*, era legislatoria, y el testador era legislador, no respecto del legatario, á quien no debia obligar sino enriquecer, sino respecto del heredero como á sucesor universal. Así pues, la razon de este derecho no debe hacerse derivar de la naturaleza de las fórmulas; pues en realidad ninguna de ellas convenia al legado dejado por medio del legatario; sino de aquel principio general por el cual hoy dia los legados y los fideicomisos se consideran de una naturaleza igual. HEIN.

TEXTO.

Quæ relinqui possunt.

1. Potest autem non solùm proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed et hæredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque et legatarius et fideicommissarius non solùm de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit, sed etiam de alia, sive ipsius; sive aliena sit. Hoc solùm observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quàm ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est, ei qui rogatus, aut ipsam rem redimere et præstare, aut æstimationem ejus solvere.

TRADUCCION.

Qué cosas pueden dejarse.

Puede, empero, el testador dejar por fideicomiso no solo sus cosas propias, sino tambien las del heredero, legatario, fideicomisario ó cualquiera otro. Así pues, puede rogarse al legatario ó fideicomisario que restituya á alguno, no solo aquella cosa que se le ha dejado, sino tambien otra, ya sea propia del mismo, ya agena. Solo debe observarse que á nadie se ruegue que restituya mas de lo que él mismo hubiere recibido del testamento; pues lo que de esto excediere se deja inútilmente (a). *Cuando, empero, se deja en fideicomiso una cosa agena, es preciso que aquel á quien se ha rogado, la compre y entregue o bien satisfaga su estimacion* (b).

COMENTARIO.

1. *Ya antiguamente habia algunas cosas comunes entre los fideicomisos y los legados.*
2. *Declaracion de la regla por la que á nadie puede rogarse que restituya mas de lo que se le dejó.*

1. Ya antiguamente habia entre los fideicomisos y los legados algunas cosas comunes como es lo que aquí se dice acerca de aquella cosa que no es propia del testador, dejada por

(a) L. 3. y l. 6. al fin. tit. 9. P. 6.
(b) L. 46. d. tit.

fideicomiso. Aquella cosa que estando en el comercio no es propia del testador, es necesario que sea, ó del heredero, ó del legatario ó del fideicomisario, ó de algun tercero que es la única que en este tratado se llama las mas de las veces agena, segun advertimos en el §. 4. *sup. de legat.* Del mismo modo, pues, que pueden legarse, no solo las cosas del testador, sino tambien las del heredero *d.* §. 4., así tambien debemos saber que no solo pueden dejarse por fideicomiso las cosas del testador, sino tambien las del heredero, y que lo que se responde que semejante legado vale aun cuando el testador creyere que la cosa es suya *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. pertenece tambien al fideicomiso de esta especie. Por el contrario, del mismo modo que no puede dejarse al legatario la cosa propia del mismo §. 10. *sup. de legat.*, así tampoco puede dejarse al fideicomisario una cosa suya. Acerca de la cosa propia del legatario ó fideicomisario, no pudo antiguamente haber cuestion, porque no era lícito legar por medio de ellos, sino tan solo dejarse fideicomisos; mas sí puede tenerlo actualmente, aunque Justiniano omite hablar de ello, porque aquí trata de los fideicomisos sin tener en consideracion su equiparacion con los legados. Dice que pueden por fideicomiso dejarse las cosas del legatario ó fideicomisario, de aquel por medio de quien, y no de aquel á quien se deja. ¿Mas qué sucederá en el caso propuesto si el difunto hubiese pensado que dejaba una cosa suya? Entonces diremos que á pesar de ello valdrá el fideicomiso por la misma razon porque valdria si la cosa fuese propia del heredero, *arg. d. l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. *d.* §. 4. *sup. de legat.* Además, igualmente es comun entre ellos lo que dice aquí Justiniano de que puede por fideicomiso dejarse una cosa propia de cualquier otro, la cual en este tratado se llama agena; pues en *d.* §. 4. nos enseñó que podia legarse. Finalmente, tambien aquello que en el mismo lugar mas latamente hemos referido en el Comentario, á saber, que no siempre se debe el legado de cosa agena; sino que ha de distinguirse entre si el testador supo ó ignoró que lo era, y que solo en aquel caso y no en este valia el legado, á no ser que haya en su favor alguna conjetura de la voluntad, debe saberse que pertenece tambien al fideicomiso de cosa agena, *l.* 10. *C. de legat.*

Etiam de alia, sive ipsius). A saber, del legatario á quien se ruega ó del primer fideicomisario (a), pues por medio del fideicomiso, no solo puede imponerse la carga de restituir, sino tambien la de dar; pero no creo que al mismo fideicomisario pueda dejársele una cosa suya, fundándome en el §. 10. *sup. de legat.*, y en la mútua equiparacion de los legados y fideicomisos, por mas que disputa en contra Bacovio.

2. *Ne plus rogetur quisquam restituere*). (b). Esto se funda en una razon muy plausible; pues aunque sea lícito á los moribundos el disponer cómo quieran de sus cosas; con todo, á nadie debe ser lícito el gravar á uno, á quien no le da nada, ó el gravarle mas allá de lo que le deja, y disponer asi de lo ageno, *l.* 1. §. 57. *ad. S. C. Trebell. l.* 1. §. 6. *de legat.* 3. *l.* 114. §. 5. *de legat.* 1. *l.* 9. *C. de fideic.* Muchas son, empero, las excepciones de esta regla, aunque mas bien que tales, pueden llamarse aclaraciones de ella. Tal es la de que si habiéndosele legado ciento á uno, se le ha rogado que despues de haberse transcurrido cierto tiempo restituya el duplo; pues valdrá el fideicomiso aun mas allá de la cantidad legada en lo que excedan las usuras percibidas durante el tiempo intermedio, *l.* 70. §. 1. *de legat.* 2. Tal es tambien la de aquel que habiendo recibido ciento se le ha rogado que restituya una cosa propia de mayor valor, el cual aceptando el legado queda obligado á prestar el fideicomiso, por cuanto con la aceptacion parece no haber estimado en mas su cosa, *d. l.* 70. §. 1. *in fine* (c). Igualmente, lo que se dice de que si á uno se le ha legado un fundo, rogándosele que lo restituya, y además que dé ciento, vale el fideicomiso, si el legatario entretanto pudiere percibir dicha cantidad, *d. l.* 114. §. 5. *de legat.* 1. Por último, aquello de que legadas disyuntivamente dos cosas, y habiéndose mandado que se restituya la de mas valor, se debe el fideicomiso aunque el legatario hubiere elegido la de menor precio, á causa de que estaba en su mano el elegir la otra, *l.* 24. §. 2. *de legat.* 1.

Redimere et prestare, aut æstimationem ejus solvere). Dejada en fideicomiso una cosa agena, aquel á quien se ha rogado debe comprarla y entregarla, ó si el dueño no quiere venderla, dar su estimacion lo propio que en el legado de cosa agena, *l.* 14. §. 2. *l.* 30, §. *ult. de legat.* 3., como hemos explicado mas latamente en el §. 4 *sup. de legat.*

(a) L. 6. tit. 9. P. 6.

(b) D. d. l. 1. 3 y 6. al fin.
(c) D. l. 6. vers. E aun.

TEXTO.

De libertate.

2. Libertas quoque servo per fideicomissum dari potest, ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius: nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, perceperit), non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quod possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus sit, qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quàm qui utroque tempori testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cùm non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

TRADUCCION.

De la libertad.

Tambien puede darse en fideicomiso la libertad al siervo, de modo que se ruegue al heredero, legatario ó fideicomisario que lo manumita; y no hay diferencia ninguna entre que el testador ruegue acerca de un siervo propio ó de uno que es del heredero, del legatario y tambien de un extraño, pues tambien debe comprarse un siervo ageno y manumitirse. Pero si su dueño no lo vendiese, con tal que nada haya percibido por voluntad de aquel que dejó la libertad, no se extingue desde luego la libertad fideicomisaria, sino que se difiere hasta que con el tiempo se presentare ocasion de comprar el siervo y prestar la libertad (a). Aquel, empero, que es manumitido por causa de fideicomiso no se hace liberto del testador, aun cuando sea siervo del mismo, sino de aquel que lo manumite; pero aquel á quien se manda ser libre directamente en testamento se hace liberto del mismo testador, llamándose tambien Orcino. Nadie puede tener la libertad directamente por testamento, sino aquel que fué propio del testador en entrambos tiempos; á saber, en el de hacerse el testamento y en el de la muerte. Y se considera que se da directamente la libertad cuando no se ruega á otro que manumita al siervo, sino que se quiere que le competa la libertad en virtud de su testamento.

COMENTARIO.

1. *De los libertos Orcinos, y si se tiene en ellos algun derecho de familia?*
2. *Por la* l. 2. comm. de legat *no se deroga la diferencia que hay entre la libertad directa y la fideicomisaria.*
3. *Concíliase la* l. 68. de manum. test. *con otros lugares.*

(a) vers. *E aun.* y sig.

Tambien pueden darse las libertades por fideicomiso, y aun con mas amplitud que no directamente, puesto que de este modo puede darse no solo á los siervos propios sino tambien á los agenos, con tal que la voluntad del testador se exprese con palabras comunes y claras, segun Licinio en la *l.* 16. *de fideicom. libert.* Lo que dice de que no solo á los propios, sino tambien á los agenos se deduce de que á los siervos agenos se dice que no puede dárseles la libertad directamente, lo que tambien se dice expresamente en la *l.* 9. *C. de test. man.* Sin embargo, tal vez pensará alguno que en el caso de haberse dado directamente la libertad á un siervo ageno puede defenderse en favor de la libertad la fideicomisaria, *arg. l.* 25. §. 10. *de fideicom. libert. l.* 10. §. *ult. de test. tut.*; pero obstan los referidos textos y principalmente la *l.* 9. *C. de test. manum.*, en cuyo lugar se dispone que ni al siervo propio del heredero puede dejarse directamente la libertad. Si, empero, la libertad dada directamente valiese á lo menos como fideicomiso, seguramente que los Emperadores no lo habrian omitido, y en la *l.* 108. §. 9. *de legat.* 1 se dice que semejante legado no es de momento niguno, Vinn. La razon de esto es clara, pues si se condenara directamente al heredero á manumitir un siervo ageno, semejante legado no produciria efecto ninguno si el dueño no quisiese hacerlo libre, en tanto que ni la estimacion podria presentarse al legatario. Las cosas agenas, empero, no podian legarse sino con el objeto de que no queriendo venderlas el dueño se diese su estimacion al legatario, §. *sup. de legat.*; mas en cuanto á los fideicomisos, siendo interpretados mas benignamente, creyeron los antiguos que podian en ellos dejarse la libertad de un siervo ageno y de modo que se aguardase entre tanto ocasion para comprarlo. De ahí puede sacarse tambien la razon porque en la *l.* 30. *manum. test.* puede dejarse directamente la libertad al siervo, porque aunque este no se sea en aquel entonces propio del testador, puede con todo darse la estimacion, esto es, el rescate, ó si rehusare, queda la esperanza de que el siervo recaerá por derecho de postliminio en poder del heredero. Hein.

Vel legatarius, vel fideicommissarius). Quienes si el siervo es propio del testador lo comprarán del heredero y lo manumitirán, con tal que hubieren aceptado lo que les dejó el difunto.

Aut legatarii). En cuyo caso, si el legatario hubiere aceptado el legado, se le obligará á manumitir el siervo, aunque tal vez valga mas este que lo que recibió, *d. l.* 24. §. 12

de fideicom. libert., porque se considera que no ha estimado en mas á su siervo. *l.* 56. *ad. leg. Fal.* (a).

Aut etiam extranei). *L.* 6. *C. de fideicom. libert.* Sin embargo, el legatario á quien se ha rogado que manumita un siervo ageno no debe ser obligado á ello, sino en el caso que pueda comprarlo por el mismo valor de lo que por voluntad del difunto ha conseguido, *d. l.* 24. §. 12. (b).

Non statim extinguitur libertas). Si el dueño no quiere vender su siervo a quien por fideicomiso se ha dejado la libertad, no por ello se extingue desde luego el fideicomiso sino que ha de aguardarse oportunidad para comprarlo, *d. l.* 6. *C. de fideicom. libert.* (c); puesto que aquí no puede prestarse la estimacion como en el caso que se halla al fin del §. *precedente*.

Ejus qui manumittit). Aquel á quien se deja la libertad por fideicomiso se hace liberto del que lo manumite, *l* 7. *C. de fideicom. libert.*, aunque el manumisor solo adquiere en él el derecho de patronato con el objeto de que pueda adquirir sus bienes *contra tabulas* y ab intestato; pero no de suerte que pueda imponerle las obras serviles, ó exigírselas si se las hubiese impuesto, *l.* 29. *de bon. libert.*

1. *Ipsius testatoris*). La libertad directa compete *ipso jure* luego despues de adida la herencia, *l.* 10. *C. de test. manum. l.* 23. *l.* 25. *ff. de manum. test. l.* 52. §. *ult. de test. tut.* Asi que, aquel á quien en el testamento se le manda absolutamente que sea libre, se hace liberto del testador, segun dice aquí Justiniano; por cuya causa se llama liberto *Orcino*, como que dijese liberto del Orco, es decir, de aquel que ha bajado al Orco. Cujacio le llama *Aqueróntico*, y Teófilo χαρωνιανὸς; del mismo modo que Senadores Orcinos, de los cuales hace mencion Suetonio *in Augusto cap.* 35. Plutarco *in M. Antonio* les llama χαρωνῖται. En nuestros libros se hace frecuente mencion de los Orcinos, *l.* 3. *de legit. tut. l.* 8. *de hæred. inst. l.* 22. *de pec. legat.* y otras. Tambien se hacen libertos Orcinos aquellos que ocultándose el heredero ó legatario á quien se ha rogado que los manumita, adquieren la libertad, y los que la consiguen en premio de descubrir la muerte de su dueño, *l.* 30. §. 12. *l.* 49. *de fideicom. lib. l.* 5. *qui sine manum.* Así pues, teniendo los Orcinos por patrono á uno que ha dejado de existir, no malamente se dice que no son libertos de nadie, *l.* 4. *pr. de bon. libert.* No obstante, leemos que los Orcinos pertenecen á la familia del testador, *l.* 3. §. 3. *de leg. tut.*; que se hacen libertos de la familia, *l.* 43. *de manum. test.*, y que los hijos y cognados tienen en ellos el derecho de patronato, *l. un.* §. 7. *C. de lat. lib. toll.*; por cuya causa podemos presumir que aunque no tuvieron en los Orcinos un pleno derecho de patronato, no obstante tuvieron en ellos algunos derechos como en los libertos.

2. Por lo demás, esta diferencia debe subsistir aun despues de la constitucion de Justiniano, por la que se igualó aquello que se habia dejado directamente y lo dejado por fideicomiso, *l.* 2. *C. comm. de legat.*; puesto que proviene de la voluntad del testador, y no puede quitarse sin hacer una injuria á aquel á quien el testador ha rogado que manumita; á quien de otro modo se arrebataria el derecho de patronato que el difunto quiso que tuviese; y en esto convienen todos los intérpretes, excepto un corto número de los modernos.

3. *Quo faceret testamentum et quo moreretur*). Lo mismo se dice tambien en la *l.* 35. *de manum. test.*; y no es oscura la razon de esto; pues siendo inútil desde un principio la dacion de la libertad que se hace á un siervo ageno, no puede en virtud de un hecho posterior valer á causa de la regla Catoniana; y aunque se haya dado á un siervo propio no puede vindicarla si al tiempo de la muerte está en potestad agena. Por consiguiente, lo que leemos en Marciano, *l.* 58. *de manum. test.* que enagenado por el testador aquel á quien se habia mandado ser libre y hecho de nuevo hereditario antes de la adicion de la herencia, despues de adida esta adquiere la libertad, debe entenderse con la condicion de que vuelva á la potestad del testador durante la vida del mismo; pues que estando yacente la herencia, aquel que al tiempo de la muerte no fué del testador no puede hacerse hereditario. No obstante, si se hubiere dado directamente la libertad á los siervos del testador que están en poder de los enemigos, conseguirian la libertad siempre que regresaren, á pesar de que ni al tiempo de hacerse el testamento, ni al de la muerte fueron del testador, *l.* 30. *de man. test.*

Velut ex suo testamento). Inmediatamente por medio del testamento cuando el testador manda simplemente ser despues de su muerte libre al siervo y no encarga á otro que le dé la libertad.

(a) D. l. 6. vers. Y aun.
(b) D. l. 6. vers. *Pero.*
(c) D. l. 6. vers. *E si.*

TEXTO.

De verbis fideicommissorum.

3. Verba autem fideicommissorum hæc maximè in usu habentur: *Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo;* quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.

TRADUCCION.

De las palabras de los fideicomisos.

Las palabras de los fideicomisos que principalmente están en uso son estas: pido, ruego, quiero, encargo, encomiendo á tu fé, *cada una de las cuales tiene el mismo valor que si estuviesen reunidas* (a).

NOTAS.

4. *Peto, rogo, etc.*) Estas palabras se llaman precativas y se oponen á las civiles, directas é imperativas: Véase á Ulp. *tit.* 25. *y* Paulo 4. *sent.* 1. Actualmente, empero, no hay necesidad de fijarnos en las palabras desde que Justiniano mandó que valiesen todas las que signifiquen la verdadera intencion del testador que quiere legar ó dejar un fideicomiso, *l.* 2. *C. comm. de legat.*

COMENTARIO.

1. *Algunas veces las palabras imperativas tienen fuerza de suplicativas.*

Enuméranse aquí por Justiniano las palabras que están principalmente en uso en los fideicomisos y á las que se da el nombre de vulgares en la *l.* 16. *de fideicom. libert.;* pues aumentándose con el tiempo el favor dispensado á los fideicomisos, se admitieron muchas mas, disponiéndose que valiesen estos, aun cuando se dejasen con otras palabras, por ejemplo: *deseo que des, creo que darás, exijo, anhelo que des, quiero que mi herencia sea de Ticio, sé, no dudo que restituirás á Ticio mi herencia, l.* 115. *l.* 118. *de legat.* 1. *l.* 67. §. *ult. de legat.* 2. *l.* 39. *de legat.* 3. Paulo 4. *sent.* 1. escribe que pueden dejarse fideicomisos con todas estas palabras, *ruego, pido, encomiendo, suplico, deseo, ordeno, anhelo y mando.* El contar Paulo el verbo *mandar* entre las palabras propias de los fideicomisos no parece convenir con la diferencia que Ulp. *tit.* 24. *y* 25. hace entre ellos y los legados, definiendo á estos últimos aquello que se deja imperativamente, y á los fideicomisos lo que se deja suplicativamente; pues esto es lo mismo que si dijese que legado es lo que se deja con palabras imperativas, las que tambien se llaman directas y civiles; y fideicomiso lo que se deja con palabras suplicativas. No obstante, debe saberse que las palabras imperativas tienen muchas veces fuerza de suplicativas, lo que se conocerá por la intencion y voluntad del testador, pues si este dijere: *mando á Lucio Ticio, heredero mio, que manumita á mi siervo Estico,* no hay duda que aquí se considerará dada la libertad por fideicomiso; y lo mismo se observará si hubiere dicho: *condeno ú ordeno al heredero que manumita.* Del mismo modo, si hubiere mandado al heredero que restituya la herencia ó alguna cosa, valdrá esto por fideicomiso lo mismo que si se hubiese dejado con palabras suplicativas. ¿Y porqué ha de valer menos si hubiere hecho uso del verbo *impero* que si se ha valido del verbo *jubeo,* el cual aunque es directo, Ulp. *tit.* 24. §. 3. *l.* 2. *C. comm. de legat.,* tiene, con todo, la fuerza de suplicativo siempre que se manda restituir alguna cosa, *l.* 88. §. 10. *de legat.* 2. *l.* 28. §. *ult. de libert. legat.,* ó menos tambien que cuando se usa el verbo *volo,* el que, á pesar de ser imperativo, es, con todo, muy usado en los fideicomisos? Si, empero, hubiere dicho: *mando* (impero) *que des ciento á Lucio Ticio,* esto no será ya fideicomiso, sino legado; pues no hay diferencia ninguna entre que uno diga *impero ó dare jubeo y damnas esto,* Ulp. *d. tit.* 24. §. 3. Paulo en *d. lugar* niega que los verbos *relinquo* y *commendo* produzcan accion ninguna de fideicomiso, y acerca del último lo vemos en la *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. y en la *l.* 12. *C. de fideicom. lib.,* pero de *relinquo* parece que nacia una peticion del fideicomiso, *l.* 78. §. 8. *ad SC. Trebell.* Pero no hay necesidad de que nos detengamos en esto desde que Justiniano mandó en la *l.* 2. *comm. de legat.* que fuesen útiles y válidas todas las palabras que manifestasen la verdadera intencion del testador que quiere legar ó dejar un fideicomiso; pues muchas veces, y esto debe notarse bien, se introduce un fideicomiso por alguna conjetura de la voluntad, aun cuando no sean las palabras propias del fideicomiso, ó bien lo sean de un fideicomiso inútil, si solo se atiende á los ejemplos de la *l.* 17. *in pr. l.* 29. *ad Trebell. l.* 64. *l.* 69. *in pr. de legat.:* véase á Chiflet, *lib.* 2. *de fideic.* 18. *y* 20.

(a) L. 2. tit. 12. P. 6. vers. E aun y sig.

TÍTULO VIGÉSIMO QUINTO.

De los Codicilos.

CONC. CON EL TIT. 7. LIB. 29. DEL DIG. Y CON EL LIB. 6. TIT. 36. DEL COD. (a).

Razon del método: de dónde viene la palabra codicilo, su definicion y division y resúmen del tít.

Podrá parecer á alguno que el tratado de los codicilos no está bien despues de la sucesion testamentaria; puesto que si solo se han hecho codicilos se sucede ab intestato; pero la intencion de Justiniano aquí parece que fué tratar principalmente de los codicilos hechos por uno que hizo testamento, los cuales son una parte de este y siguen su condicion, aunque tambien los codicilos hechos por un intestado son una especie de testamentos, *l. 16. h. tit.* Llámanse codicilos *á Codice,* esto es, unas pequeñas tablillas hechas de corteza ó madera (b). Así que, del mismo modo que el testamento se llama *codex,* Juvenal *sat. 10. C. Codice sævo Hæredes vetat esse suos;* porque el testamento solo se escribia en códices ó tablas mas grandes; así tambien la última voluntad menos solemne ó plena se llama codicilos, y algunas veces codicilo en número singular, *l. 38. de cond. et dem. l. 14. C. de test.;* á causa de que acostumbraban á escribirse en tablillas mas pequeñas y delgadas hechas de suerte que pudiesen fácilmente llevarse encima y á donde conviniese. Es, pues, la palabra codicilo un diminutivo de *Codex,* aunque la voluntad imperfecta declarada de viva voz se llama codicilo, *l. 15. C. de Sacros. eccles. l. ult. C. de bon. lib. l. ult. §. ult. C. de codicil.,* del mismo modo que se dice darse la posesion de bienes *secundum tabulas,* á pesar de que no existen tablas ningunas, *l. 2. C. de bon. poss. sec. tab.* Así pues, los codicilos son una declaracion menos solemne de la última voluntad, y los hay de dos especies, lo propio que de testamentos, á saber; escritos, en los que se escribe la voluntad, y no escritos, en los que se declara de viva voz (c). En primer lugar manifiesta aquí Justiniano por quiénes y por qué causa se introdujo y aprobó el uso de los codicilos manifestando en seguida el modo como se hacen y qué cosas pueden dejarse en ellos. VINN. No hay necesidad ninguna de sutilezas para averiguar el orígen de la palabra codicilo. Codicilos entre los antiguos eran unas cartas ó escritos enviados á otros: véase á Ciceron *ad fam. IV. 12. VI. 18. ad Attic. lib. 12. epístola 8. ad Quintum Frat. lib. 11. epístola 10.,* y principalmente se llamaron así las esquelas enviadas á los que estaban presentes, Séneca *epístola 55.* Escribiéndose, pues, los codicilos muchas veces en forma de cartas, *l. 56. de fid. lib. l. 37. §. 2. l. 32. §. 3. de legat. 3.* de ahí es que tomaron este nombre. HEIN.

TEXTO.

Origo.

Ante Augusti tempora constat, codicillorum jus in usu non fuisse: sed primus Lucius Lentulus ex cujus persona etiam fideicommissa esse cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum D. Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui ejus auctoritatem sequuti, fideicommissa præstabant: et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quæsisse, an posset recipi hoc, ne absonans à juris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse, propter magnas et longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora cùm et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

TRADUCCION.

Origen.

Antes de los tiempos de Augusto consta que no estuvieron en uso los codicilos, sino que L. Léntulo en cuya persona empezaron tambien los fidicomisos, fué el prime-

(a) Tit. 12. P. 6.
(b) L. 1. tit. 12. P. 6.
(c) D. L. 1. vers. E que ha ser

ro que los introdujo; pues habiendo muerto en Africa, escribió unos codicilos confirmados en testamento, en los cuales pidió por fideicomiso á Augusto que hiciese alguna cosa, y habiendo el emperador Augusto cumplido su voluntad, siguiendo despues los otros su autoridad, prestaban los fideicomisos. y la hija de Léntulo pagó unos legados que no debia segun derecho. Dícese, empero, que Augusto convocó a algunos sabios varones, y entre ellos tambien a Trebacio, cuya autoridad era entonces mucha, y les preguntó si podia admitirse sin ser ageno de la razon del derecho el uso de los codicilos; y que Trebacio persuadió á Augusto que dijese que esto era muy útil y necesario á los ciudadanos á causa de los largos y grandes viajes que acostumbraban á hacer los antiguos, en los cuales, si alguno no podia hacer testamento pudiese hacer codicilos; despues de cuyo tiempo habiéndolos tambien hecho Labeon, ya nadie dudó que debian admitirse conforme á derecho los codicilos.

NOTAS.

Codicillorum jus). Los codicilos son una declaracion menos solemne de la última voluntad, la cual no es hecha con el objeto de que sea testamento, *l.* 1. *l.* 15. §. 1. *h. tit.* Pueden tambien hacerse ab intestato §. *sig.* Así pues, la definicion de los Griegos que dá Teófilo aquí y Harm. *lib.* 5. §. 5. y en las Basílicas *lib.* 30. *tit.* 1., es imperfecta: ἐλλιπεῦς ἐν διαθήκῃ γνώμης ἀναπλήρωσις, ὁ διόρθωσις τῆς διαθήσεως; es decir, *suplemento ó correccion del testamento.*

Jure optimo admitterentur). Dos fueron las especies que de ellos se admitieron; á saber, los escritos en los que se reduce la voluntad á escritura, y los no escritos en los que se declara de viva voz, *l.* 15. *C. de SS. Ecc. l. ult.* §. *ult. C. h. tit.* aunque se opone á esto la etimologia de la palabra: véase á Hotom., y lo que decimos en el comentario.

COMENTARIO.

Lentulus ex cujus persona etiam fideicommissa). Lo que dice de que el uso de los fideicomisos y de los codicilos empezó por la persona de Léntulo no debe entenderse como que este Léntulo fuese el primero que encargó alguna cosa al heredero, ó el primero que hizo codicilos; sino que fué el primero que dió márgen á que empezasen á ser válidos y obligatorios para los herederos los fideicomisos, que antes no estaban apoyados por ningun vínculo del derecho, y á que tambien los codicilos, en los que antes no podia dejarse nada eficazmente, fuesen recibidos y pudiesen tambien pedirse los fideicomisos en ellos dejados. Quién fué este Léntulo no consta, y poco importa el saberlo. Vinn. Por el contrario, consta que aquí se habla de aquel Lucio Léntulo, que en el año setecientos cincuenta y uno de la fundacion de Roma fué cónsul en union con M. Valerio Mesala, segun aparece de la inscripcion que se halla en Rainesio, *inscrip. class.* 10. 3. *pág.* 597. Pighio le dá falsamente el nombre de Coso, lo que corrigió Rainesio por el fragmento de dicha inscripcion. Hein.

Testamento confirmatus). Es decir, en un testamento que habia hecho antes en Roma ó en Italia, y en el que pedia á sus herederos que prestasen de buena fé lo que despues dejase tal vez en codicilo. En Marcelo *l. ult. de fideicom. lib.* tenemos un ejemplo de un testamento en que se confirman los codicilos futuros.

Quibus ab Augusto petiit). Esto es una prueba de que Augusto fué instituido heredero, á lo menos en parte en el testamento de Léntulo; y en aquellos tiempos sucedia muy amenudo que los principales varones instituian heredero en alguna parte al príncipe.

Deinceps reliqui). ¿Por ventura estos otros son los herederos que en el testamento de Léntulo se dieron á Augusto, segun quiere Wesembecio, insiguiendo á Teófilo, ó mas bien serian otros á quienes se rogó en los codicilos de otros testadores, pues ordinariamente los súbditos siguen el ejemplo del príncipe? Esto último es mas verosímil.

Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat). No porque se hubiesen dejado á unos que eran incapaces, sino porque se habian dejado en codicilos, los que en aquel tiempo no tenian aun validez ninguna por el derecho. La razon, pues, de esto no es porque no pudiesen darse legados en codicilos, como equivocadamente dice Wesembecio sino porque no valia nada de lo que en los codicilos se dejaba, aun cuando fuesen confirmados en el testamento, y lo que precede manifiesta que aquí se dijo legado en vez de fideicomiso. Sin embargo, posteriormente fué permitido que pudiesen tambien dejarse legados en codicilos confirmados con testamento, *l.* 2. §. 2. *h. tit l.* 8. §. *ult. eod.* De este lugar, empero, aparece que tambien la hija de Léntulo fué instituida heredera en parte por su padre, á pesar de que en aquel tiempo estaba aun vigente la ley Voconia, lo que prueba que por dicha ley podian las hijas adquirir una parte de la herencia paterna, y que en dicha parte pudieron ser directamente instituidas, sobre lo que hablamos con mayor extension mas arriba en el §. 1. *de fideicom. libert.*, y así no hay razon ninguna para que en union con Hotomano pongamos *filiæ* en vez de *filia.*

Convocasse sapientes viros). Siendo Augusto un principe muy prudente, no creyó deber aprobar el nuevo uso de los codicilos en la república con ligereza sin deliberarlo antes; sino que primeramente quiso explorar el parecer de los hombres sabios, y ver si estos creian que podia semejante uso admitirse, quedando á salvo la razon del derecho establecido, y si era tan evidente y justa la utilidad que de él reportaban los ciudadanos que le aconsejasen que confirmase esta costumbre, enseñándonos con su ejemplo que no debe establecerse ningun derecho nuevo sin consejo de los prudentes y sin una manifiesta utilidad de los ciudadanos, segun aquello que muy bien dice Ulp. de que *para establecer un derecho nuevo debe ser evidente la utilidad*, *l.* 2. *de const. Princ.*

Ubi si quis testamentum facere non potest). A causa de la escasez de ciudadanos romanos que se exigian para testigos, pues habla del hecho, no del derecho, como el jurisconsulto en la *l.* 8. *h. tit.*; pues la testamentifaccion no está inherente á lugar ninguno, DD. en la *l.* 1. *C. de SS. Ecc.* Por lo demás, es manifiesto que aquel que no puede hacer testamento tampoco puede hacer codicilos, *l.* 6. §. 5. *d. l.* 8. §. 2. *h. tit.* (a).

Cum hæc Labeo). Quien en dicho tiempo tuvo grande autoridad y fué enseñado por Trebacio, segun Pomponio *l.* 2. §. 47 *de orig. jur.*

TEXTO.

Efficiens.

1. Non tantùm autem testamentum facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cùm ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quàm si speciali voluntate postea confirmentur. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.

TRADUCCION.

Causa eficiente.

No solo, empero, puede uno hacer codicilos despues de haber hecho testamento, sino que tambien muriendo intestado puede dejar fideicomisos en codicilos (b): *pero habiendo sido hechos estos antes que el testamento dice Papiniano que no tendrán fuerza si no fueren despues confirmados por una voluntad especial. Los emperadores Severo y Antonino, empero, dispusieron que pueda pedirse el fideicomiso en virtud de aquellos codicilos, si apareciere que aquel que hizo el testamento no se ha apartado de la voluntad que expresó en los codicilos.*

NOTAS.

1. *Sed et intestatus*). Los codicilos hechos ab intestato hacen las veces de testamento, y tienen su fuerza en sí mismos. Por consiguiente, cualesquiera que sea el sucesor del intestado; aun el nacido despues, satisfará lo dejado en codicilos, *l.* 3. *l.* 8. *in pr.* §. 1. *l.* 16. *eod.*, á no ser que se hayan hecho con el objeto de que sean testamentos, *l.* 1. *l.* 15. §. 1. *eod. l.* 14. *C. de test.* y no se hubiere añadido la cláusula codicilar, *l. antep. qui test. fac. l.* 41. §. 3. *de vulg. et pup. l. ult.* §. 1. *C. h. tit.* Una vez, empero, hecho testamento, los codicilos reciben su fuerza del mismo y siguen su condicion, *l.* 5. §. *ult. d. l.* 16. *eod. l.* 1. *C. eod.*

Papinianus ait). Cuya opinion de Papiniano estaba muy recibida en tiempo de Plinio, segun consta por el *lib.* 2. *epist.* 16.

COMENTARIO.

1. *La voluntad declarada con la intencion de que sea testamento ni vale como codicilo, si no se ha añadido la cláusula codicilar.*
2. *Una vez hecho testamento, siguen su condicion los codicilos, cualesquiera que sean y en cualquier tiempo que se hayan hecho.*
3. *Diferencia que antes habia entre los codicilos confirmados y los no confirmados, y derogacion de la misma.*
4. *Hasta qué punto puede en los codicilos mudarse lo dispuesto en el testamento?*
5. *Sentido de las últimas palabras de este §.*

1. Los codicilos pueden otorgarse ab intestato y haciendo testamento. Del primer modo se sostienen por sí mismos y hacen las veces de testamento, y por consiguiente cualesquiera sucesor del intestado legítimo ú honorario, y aun el posteriormente nacido, deberá satisfacer lo dejado en codicilos, *l.* 3. *l.* 8. *pr. y* §. 1. *l.* 16. *h. tit.* (c). Solo se exige para que valgan los codicilos que la voluntad del difunto no se haya querido que fuese testamento, con lo que se nos dá á entender que aquella voluntad, que hubiera podido valer como á codicilo si el difunto hubiese intentado hacer codicilos, no vale ni como la voluntad de un intestado si su intencion fué de hacer testamento; pues que para la validez de un acto civil no basta la forma si falta la intencion del que lo verifica, como dice muy bien Tuldeno *aquí cap.* 2.

(a) D. l. 2. vers. *E puede* ...

(b) L. 3. tit. 9. P. 6.

(c) L. 3. tit. 9. P. 6.



Así que, si uno hubiese dicho en los codicilos que esta voluntad sea su testamento ó hubiere dispuesto cosas que son propias de este, nada podrá pedirse del heredero legítimo, *l. 1. l. 15. §. 1. h. tit. l. antep. qui test. fac. l. 14. C. de test.* á no ser que hubiere añadido, que quiere que si aquella voluntad no vale como testamento, valga á lo menos como á codicilo; cuya caucion se llama vulgarmente cláusula codicilar; ó bien que valga por cualquiera causa que pueda, ó segun actualmente se acostumbra decir, en el mejor modo posible, *d. l. antep. qui test. fac. l. 41. §. 3. de vulg. et pup. l. 3. in fine de test. milit. l. 13. de inof. test. l. 88. §. ult. de legat. 3. l. ult. §. 1. h. tit.* Acerca de la fuerza y efectos de esta cláusula, y sobre si en caso de haberse omitido por el testador debe en algunas ocasiones sobreentenderse, como tambien si ha de presumirse que dicha cláusula ha sido continuada por estilo y costumbre del escribano, ó por la voluntad y con conocimiento del testador, véase á Mantica de *conjec. ult. volunt. l. 1. tit. 9. y 19.*

2. Una vez, empero, hecho el testamento, pertenecen al mismo los codicilos en cualquier tiempo que fueren hechos, tomando de él su validez, aun cuando no hubieren sido en él confirmados, *l. 3. §. ult. l. 16. h. tit.*; y si el testamento se invalidare se anularán tambien los codicilos, *l. 1. C. cod. l. 3. §. ult. h. tit.*

3. Entre los codicilos expresamente confirmados en testamento y los no confirmados, hay la diferencia de que lo dejado en aquellos, como por ejemplo los legados y las libertades dadas directamente, valen por derecho directo, *l. 43. de manum. test.* considerándose todo lo mismo que si se hubiese dejado en testamento, excepto por lo respectivo á la herencia, *l. 2. §. 2. h. tit.* en cuyo lugar es manifiesto que Juliano no trata de los codicilos confirmados. Aquello, empero, que se ha dejado en los no confirmados, ya sea con palabras directas, ya oblícuas, se debe por fideicomiso, *arg. d. l. 2. §. ult. l. 15. §. 1. h. tit. l. 76 ad. S. C. Treb.* pues no soy de opinion de que en los codicilos confirmados solo vale aquello que se ha dejado con palabras oblícuas, ni pienso con Antonio Fabro 15 *conjec.* 15. que es mayor la fuerza de los codicilos que han sido hechos antes del testamento, que la de los que lo han sido despues; como que en aquellos desde el rescripto de los emperadores Severo y Antonino valga por fideicomiso lo que ha sido dejado directamente y en estos no pueda dejarse nada, sino con palabras suplicativas, lo que me parece en extremo absurdo. No debemos, empero, detenernos en esto mas tiempo, pues estando actualmente confundida la naturaleza de los legados y de los fideicomisos, *l. 2. C. comm. de legat.* no hay duda que tambien hoy dia valdrán directamente los legados dejados en codicilos no confirmados.

Ante testamentum.) Hace tan solo mencion de los codicilos hechos antes del testamento, porque no parece haberse dudado nunca de que los codicilos hechos despues de otorgado el testamento valgan aun sin la confirmacion, por cuanto lo último que cualquiera dispone consta bastantemente que quiere que sea válido. Es verdad que estuvo en uso el confirmarse tambien en el testamento los codicilos futuros, segun aparece de la *l. 7. y l. sig. §. ult. l. 18. de fideicom. liber. l. 6. l. ult. C. eod.*; pero esto parece que se hacia tan solo para mayor seguridad; pues de la *l. 3. §. ult. h. tit.* aparece que para la validez de los codicilos no fué necesaria esta especial confirmacion, á no ser para el objeto de que valiesen directamente los legados y libertades que en ellos se dejaban.

4. Pregúntase aquí hasta que punto puede en los codicilos posteriores mudarse ó derogarse lo dispuesto en el testamento? Es cosa muy sabida que en los codicilos no puede quitarse la herencia, por cuya causa tampoco puede en ellos añadirse una condicion al heredero instituido, §. *sig.*; pero puede rogársele que restituya la herencia, *l. 2. C. h. tit.* Pueden tambien quitarse en codicilos los fideicomisos dejados en testamento como tambien los legados, para el efecto, se entiende, de que el legatario que obrare en virtud del testamento pueda ser repelido con la excepcion de dolo malo, *arg. l. 4. §. 10. de doli mali excep.*

Quam si speciali postea voluntate.) Papiniano creia que los codicilos hechos antes del testamento no valian si no eran confirmados en el testamento que despues hubiese sido hecho, ó en los codicilos, ó si de cualquier modo no se conservaba la voluntad primera, *l. 5. h. tit.*; movido, segun es creible, por la razon de que aquel que otorga testamento despues de hechos codicilos, muda la causa de sucesion, pasando de intestado á testado, con cuyo hecho parece revocar dichos codicilos á una con la voluntad de tener heredero ab intestato.

Divi Severus et Antoninus contra.) Esto es, contra el parecer de Papiniano, quien exigia que la voluntad manifestada en codicilos se probase haberse retenido á lo menos por algun nuevo juicio. Los emperadores pues, no exigen este último en el caso pro-

puesto, sino que consideran retenida aquella voluntad que no aparece mudada; de suerte que actualmente corresponde al heredero la prueba de haberse mudado la voluntad, siendo así que, segun la opinion de Papiniano, se exigia la prueba de la voluntad referida de aquel que en virtud de los codicilos reclamaba alguna cosa; es decir, que hoy dia la presuncion está en favor de los codicilos, cuando antes estaba en contra.

5. *Si appareat eum, etc., non recessisse*). Esto debe entenderse con el esclarecido Tuldeno, *cap. ult. aquí.*, lo mismo que si se dijese: *nisi appareat eum qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat recessisse*; pues aparece bastantemente que no se ha apartado de ella en el mismo hecho de no aparecer que se ha apartado. De otra suerte, no puede decirse qué es lo que de nuevo se introdujo acerca de los codicilos por el rescripto de los emperadores Severo y Antonino, puesto que el mismo Papiniano no exigia mas sino que de cualquier modo se probase que se habia conservado la voluntad manifestada en los codicilos, segun disputan muy bien Antonio Fabro 15. *coniec.* 15. Un modo semejante de hablar en el mismo sentido ocurre entre los antiguos, como en la *l.* 50. *de jure dot. l.* 24. §. 8. *de fideicom. libert. l.* §. 2. 8. *de novat.* pues no siempre hablan con igual propiedad los autores del derecho. Además, es una opinion comunmente recibida de que los codicilos se consideran confirmados tácitamente, á no ser que se pruebe que se han revocado en el testamento que con posterioridad se ha hecho, Glosa y Bartolo en la *l.* 5. *h. tit.* Mantica *lib.* 1. *de conj. ult. volunt. tit.* 8.

Texto.

Materia.

2 Codicillis autem hæreditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exhæredatio scribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo quis potest.

Traduccion.

Materia.

En codicilos, empero, no puede darse ni quitarse la herencia para que no se confundan los testamentos y los codicilos, y por lo tanto tampoco puede escribirse en ellos la desheredacion. Empero la herencia no puede darse ni quitarse en los codicilos directamente, pues por fideicomiso puede en ellos dejarse. Ni tampoco puede en codicilos ponerse una condicion al heredero instituido, ni sustituírsele directamente (a).

Notas.

2. *Hæreditas neque dari*). *L.* 10. *eod. l.* 2. *C. eod. l.* 67. *ad. S. C. Treb.* Ni aun confirmarla, *l.* 2. §. *ult. h. tit. l. pen.* §. 1. *C. de nec. ser. hær.* aunque las demás cosas puedan tambien darse directamente en codicilos confirmados con testamento, *l.* 3. *de test. tut. l.* 43. *de manum. test. l.* 2. §. 2. *h. tit.* No obstan las *ll.* 77. *de hær. inst.* y *l. de cond. inst.*, pues en ellas no se habla de una herencia dada ó confirmada en codicilos; sino de una que ha sido dada en testamento, y declarada despues en codicilos.

Neque adimi). Es decir, aquella que ha sido dada en testamento, ó que es debida por la ley, *l.* 4. *de his. quæ ut ind.* Esto, empero, es una consecuencia de lo anterior, *l. pen.* §. 1. *de cod. inst. l.* 2. *C. h. tit.*, y por lo tanto los hijos no pueden ser desheredados en codicilos: véase la *l.* 14. *C. de test.*

Ne confundatur jus testamento). *L.* 7. *C. eod.* Papiniano dá de esto otra razon en la *l.* 10. *C. eod.*

Per fideicommissum). O palabras suplicativas *l.* 2. *C. h. tit.*, en cuyo caso el heredero escrito ó legítimo puede retener para sí la cuarta parte en virtud del senado-consulto, *sup. de fideicom. hær.*

Nec conditionem adjicere). Ni tampoco quitarla, y esto porque aquel que la pone piensa quitar la herencia en caso de faltar la condicion; y el que la quita piensa dar puramente una herencia que antes no se habia dado en caso que la condicion faltase *l.* 6. *h. tit. l. pen. ult.* §. *de cond. inst.*

Comentario.

1. *En codicilos no puede darse ni quitarse la herencia, ni aun cuando sean confirmados por testamento; y cuál es la razon de este derecho?*
2. *Esta regla tiene lugar en la herencia dada directamente, mas no en la dada por fideicomiso, y qué diferencia hay entre esto?*
3. *Es una consecuencia de la regla anterior que en los codicilos tampoco puede imponerse ni quitarse condicion ninguna al heredero instituido, ni sustituírsele directamente*

1. Aunque todo lo demás puede dejarse en codicilos, ya sean hechos por un intestado, ya por un testado, aunque no estén

(a) L. 2. tit. 12. P. 6.

confirmados en testamento, principalmente por derecho nuevo, despues de la equiparacion de los legados y fideicomisos; no obstante, no puede la herencia darse en codicilos, aunque sean confirmados, *l.* 10. *h. tit. l.* 2. *C. eod. l.* 76. *ad S. C. Treb.*; siendo uno de los privilegios de los militares el poder nombrar herederos con codicilos, *l.* 36. *de test. mil.* En efecto, la herencia se da, ó por medio de la institucion de heredero ó por la sustitucion directa, lo cual solo es propio del testamento, no pudiendo darse por medio de ningun otro acto, ya sea entre vivos, ya de última voluntad ó donacion por causa de muerte, *l.* 7. *C. h. tit. l.* 19. *C. de pac. l.* 34. *C. de transac. l.* 5. *C. de pac. conv. tam. sup. dot. l.* 4. *C. de inut. stip.* No obstan los ejemplos propuestos en *l.* 77. *de hæred. inst.* y en la *l.* 10. *de cond. inst.*: pues allí no se propone una herencia dada ó confirmada en codicilos, sino dada en testamento, y declarada ó purificada en codicilos, segun habla Baldo. Establecido, empero, que no puede darse la herencia en codicilos, se sigue que tampoco puede en ellos quitarse á aquellos, se entiende, que están instituidos en testamento, ó que por la ley son herederos, *l. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *C. h. tit. l.* 4. *C. de his. quib. ut ind.* y que por lo tanto no pueden los hijos ser desheredados en codicilos: véase la *l.* 14. *C de test.*

3. *Ne confundatur jus testamentorum*). Y para que de otro modo, lo que seria absurdo y fuera de razon, no apareciese que por medio de los codicilos que reciben su validez del testamento, se confirma este que la recibe de la institucion de heredero, segun disputa muy bien Papiniano en *d. l.* 10. *h. tit.* Efectivamente, si en codicilos pudiese darse ó quitarse la herencia se seguiria que por medio de los mismos podria confirmarse y revocarse el testamento, y que lo mismo podria hacerse en aquellos que en este, siendo iguales entrambas cosas; pues, ¿en qué se diferenciarian y porqué haber dado diverso nombre á cosas por otra parte de un mismo valor y efectos?

2. *Directo autem hæreditas, etc., nam per fideicommissum*). Lo que se ha dicho tantas veces que no puede darse ni quitarse la herencia en codicilos, se entiende que no puede darse directamente, por ejemplo, instituyendo y sustituyendo el heredero en ellos, *l.* 7. *C. h. tit.*, ni quitarse tampoco directamente, es decir, aquella herencia que ha sido dada en testamento, ó que es debida por la ley, *l.* 4. *C. de his. quib. ut ind.* No obstante, por fideicomiso ó con palabras oblícuas puede dejarse, darse y quitarse la herencia tambien en codicilos. Entiéndase que se da á aquel á quien se ruega que le sea restituida la herencia, y que se quita á aquel á quien se suplica que la restituya; pues aunque *ipso jure* queda todavía heredero, lo queda tan solo en el nombre, haciéndose tal en el efecto aquel á quien se restituye la herencia. Hay, empero, mucha diferencia entre que digamos que puede dejarse la herencia en codicilos directamente ó solo por fideicomiso; pues la dejada del primer modo siempre la adquiere toda el instituido, y la dejada por fideicomiso no la adquiere el fideicomisario sino despues de disminuida por la cuarta Falcidia, si aquel á quien se ha rogado que la restituya quiere hacer uso de su derecho, en cuyo caso queda tambien heredero este en el efecto á proporcion de dicha parte. Finalmente, siendo la confirmacion una especie de dacion directa, niega el jurisconsulto en la *l.* 2. §. *ult. h. tit.* que pueda la herencia dada inútilmente en testamento ser confirmada en codicilos como herencia, sino tan solo ser pedida por fideicomiso quedando á salvo la razon de la ley Falcidia; por lo que, Justiniano establece segun las antiguas leyes que la herencia no puede ser dada ni confirmada en codicilos, *l. pen* §. 1. *C. de nec. ser. hær. inst.*

3. *Nec conditionem adjicere*). No puede en codicilos imponerse condicion á un heredero instituido puramente, *l.* 6. *in pr. h. tit.*, porque imponiendo la condicion se considera que el testador ha intentado quitar la herencia en caso de faltar aquella, *l.* 27. §. *ult. de cond. inst.* Si, pues, no es lícito poner una condicion á la institucion, mucho menos lícito será el quitarla, por cuanto en este caso se da puramente una herencia, que en el primero no se habia dado en caso que faltase la institucion.

Neque substituere directo). Porque aquel que sustituye directamente instituye otro heredero en defecto del primero; pues la sustitucion es una especie de institucion, *l.* 1. *de vulg. et pup.* No obstante, algunas veces la institucion hecha en codicilos con palabras directas se considera como fideicomiso por una benigna interpretacion, *l.* 76. *ad Treb.* En general, si constare que uno que no tenia hecho testamento no quiso hacerlo, sino tan solo codicilos, las palabras directas de la institucion en dicha escritura valdrán como fideicomiso por la voluntad del difunto, aun cuando no se haya continuado la cláusula codicilar, considerándose lo mismo que si se hubiese rogado por escrito en los

dicilos al heredero legítimo que restituyese la herencia, *l.* 15. §. 1. *h. tit.* y en ella Bartolo, Baldo y otros y en la *l.* 7. *de vulg. et pup.*

TEXTO.

Numerus et solemnitas.

3. Codicillos autem etiam plures facere potest nullam solemnitatem ordinationis desiderant.

TRADUCCION.

Numero y solemnidad.

Puede, empero, uno hacer muchos codicilos, los que no exigen solemnidad ninguna en su ordenacion.

COMENTARIO.

1. *Porqué no pudiendo hacer nadie muchos testamentos, puede hacer muchos codicilos?*
2. *Los codicilos no están destituidos de toda solemnidad, lo que sin embargo no pertenece á los confirmados por testamento.*
3. *Si la mujer puede ser testigo en los codicilos?*

1. Pónense aquí otras diferencias que hay entre el testamento y los codicilos. Nadie puede tener muchos testamentos, aunque puede hacer uno solo en varios códices ó ejemplares, §. *pen. sup. de test. ord.*; pues conteniendo todo testamento la sucesion úniversal, si hemos de guardar la última voluntad del testador, es necesario que el primero se rompa por el posterior, §. 2. *sup. quib. mod. test. inf.* De codicilos, empero, pueden hacerse varios, no solo en diversos ejemplares, sino tambien que sean diferentes y sobre distintas cosas, *l.* 6. §. 1. *h. tit.* sin que por los posteriores se derogue nada de los anteriores, á no ser que sean contrarios entre sí, *l.* 3. *C. eod.*

2. *Nullam solemnitatem ordinationis*). Pienso que esto está tomado de los comentarios de algun antiguo jurisconsulto, que vivió antes de Teodosio y tal vez de Marciano, *d. l.* 6. §. 1. *h. tit.*, pues Teodosio requiere cinco testigos en los codicilos y que se perfeccione el negocio delante de ellos en un solo y mismo tiempo; esto es, en un mismo acto, exigiendo además la firma de los testigos si se hicieren por escrito, *l. ult.* §. *ult. C. h. tit.*; lo que manifiesta que actualmente los codicilos no estan destituidos de toda solemnidad y sutileza, *l. ult. C. de fideic.* §. *ult. sup. de fideic. hær.* y parece frívola la distincion que hacen algunos entre la solemnidad que se exige para la otorgacion y la que se requiere para la prueba; pues toda solemnidad, aun en los testamentos, no se exige con otro objeto que con el de que pueda constar ciertamente la voluntad del difunto. No obstante, en los codicilos confirmados por testamento no creo sea necesario que concurra lo prescrito por Teodosio, puesto que lo dejado en dichos codicilos se considera lo propio que si se hubiera dejado en el mismo testamento, *l.* 2. §. 2. *h. tit.*, de suerte que por consiguiente debe para su validez bastar la solemnidad del testamento, *arg. l.* 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cod. inst.* y esto hasta segun la misma constitucion de Teodosio.

3. Pregúntase, si tambien las mujeres pueden ser testigos en los codicilos, y vulgarmente se responde que pueden serlo, á causa de que no las está expresamente prohibido el prestar su testimonio en los codicilos como se lo está en el testamento, Glosa y los DD. comunmente en *d. l. ult.* §. *ult. C. h. tit.* Sin embargo, á mí no me parece verosímil que entre los antiguos pudiese ningun acto solemne verificarse concurriendo á él las mujeres, y Teodosio no distingue los testigos codicilares de los testamentarios por su calidad y sexo, sino tan solo por su número: véase lo que dijimos en el §. 6. *sup. de test. ord.* VINN. El ilustre varon Reinaldo *in. var. cap.* 5. defiende con mucho cuidado la opinion de Vinnio; pero la cosa parece clara. Para la otorgacion de los testamentos se necesitaban unos testigos con quienes antiguamente se hubiese tenido la testamentifaccion en los Comicios calados, porque este acto por derecho antiquísimo era una ley propuesta á los sufragios del pueblo, y por derecho nuevo era una solemne mancipacion de la herencia. Todo, pues, era solemne en este acto; pero los codicilos eran unas cartas, segun manifestamos mas arriba, y ¿quién hace que concurran testigos en las cartas, y quién exige en ellas solemnidad ninguna? Semejante carta valia, aun cuando no estuviese sellada, con tal que constase su autenticidad, *l.* 89. *pr. de legat.* 2. porque las súplicas de la voluntad se consideraban extensivas á toda especie de sucesiones, *l.* 77. §. 25. *eod.* Los testigos, pues, los hacian concurrir aquellos que encargaban algun fideicomiso de viva voz, y así debe entenderse la *l.* 22. *C. fideic.* Posteriormente, tambien fué necesaria la presencia de los testigos en los codicilos escritos de los intestados por la *l.* 1. *C. Theod. de test. et cod.*, no para solemnidad, sino para que las sucesiones de los testadores se observen sin fraude ninguno; luego deben concurrir, no para solemnidad, sino por via de prueba; ni Teodosio quiso otra cosa al exigir en todos los

dicilos la presencia de los testigos *l. ult. C. tit.* El testimonio de las mugeres, empero, hace fé siempre que no se exige la escrupulosidad de la observancia de las solemnidades, *l.* 20. §. 6. *qui test. fac. pos. l.* 18. *de test.*; por lo que, la deduccion que de los testamentos se saca para hacerla extensiva á los codicilos no es precedente. Hein.

« En España, para los codicilos nuncupativos se requieren las mismas solemnidades que para los testamentos de igual clase; de ahí es, que valdrá la institucion de heredero que en ellos se haga, aunque en este caso dejarán de ser codicilos pasando á la categoría de testamento. En los cerrados, empero, han de concurrir cinco testigos que firmen, y en ellos no podrá instituirse heredero. »

« Respecto de Cataluña, seguimos las solemnidades del derecho romano, excepto en el número de testigos, en lo que nos conformamos con el derecho canónico, bastando en consecuencia dos ó tres testigos, lo propio que en los testamentos, segun ya dijimos en su respectivo lugar. »

« Réstanos por apéndise á las sucesiones testamentarias, hablar de los albaceas ó ejecutores testamentarios, que son aquellas personas nombradas por la ley, por el Juez ó por el testador, para el cumplimiento de las disposiciones últimas de este. Divídense en universales, que son los que tienen el encargo de cumplir toda la voluntad del difunto, y distribuir sus bienes segun el les ha ordenado; y particulares que son los nombrados para la ejecucion de una ó varias disposiciones del testamento. Estos nunca podrán pretender apoderarse de los bienes de la herencia sino: 1.° Cuando se les concede esta facultad por el testador; 2.° Respecto á los legados de alimentos, y 3.° Respecto de las cosas que se les hayan legado. *L.* 4. *tit.* 10. *P.* 6. En todo lo demás deben limitarse á las facultades concedidas por el testador. »

« Los albaceas deben cumplir su encargo dentro de un año, aunque este término puede ampliarse ó restringirse segun la voluntad del testador, *l.* 6. *tit.* 10. *P.* 6. La malicia ó el descuido en su desempeño les hace indignos de toda manda que se les hiciere en el testamento en que fueron nombrados, salvo la porcion que por derecho les correspende si fueren descendientes ó ascendientes del testador, *L.* 8 *del cit. tit.*

« En Cataluña les damos el nombre de *Marmessors*, y regularmente se pone entre ellos á la muger del testador. Los universales cobran en casi todo el Principado la décima parte de lo administrado y cobrado. En el obispado de Vich, si el testador no les hubiese legado tienen un sueldo por libra de lo administrado y cobrado para todos juntos, sin que el total pueda nunca esceder de 30 libras. Los particulares no cobran nada. En cuanto á lo demás, nos conformamos casi enteramente con el derecho de Castilla. Vives, *tom.* 2. *pág.* 271. Comes, *núm.* 1291 *y sig.* »

FIN DEL LIBRO SEGUNDO.

